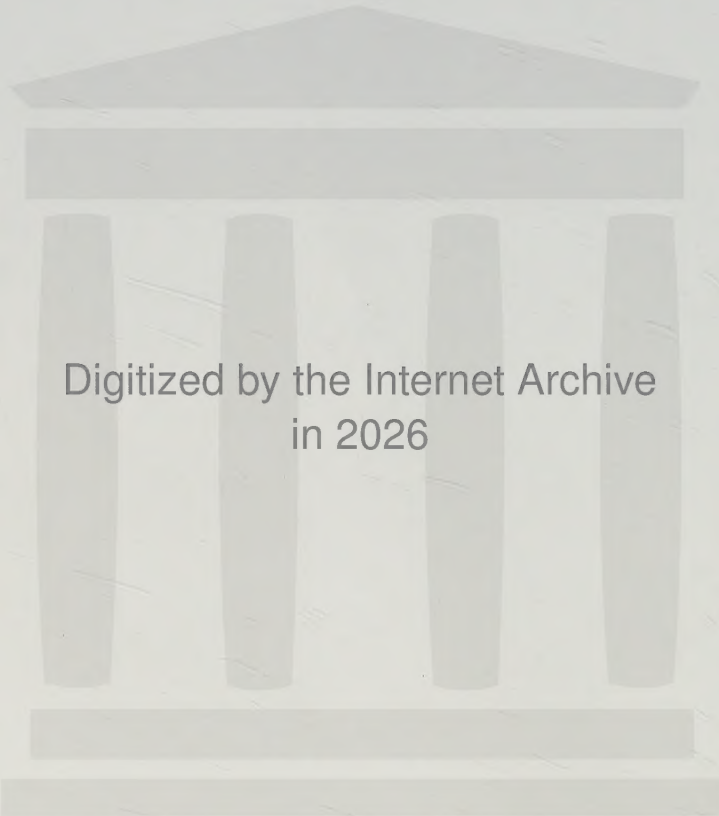


DIE WIDERRECHTLICHKEIT IM SYSTEM DES SCHWEIZERISCHEN HAFTPFLICHTRECHTS

Inauguraldissertation
zur Erlangung der Würde eines
Doctor iuris
der rechts- und wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Bern

vorgelegt von
Heinz Raschein
von Malix

1986



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546607_0004

DIE WIDERRECHTLICHKEIT IM SYSTEM DES SCHWEIZERISCHEN HAFTPFLICHTRECHTS

Inauguraldissertation
zur Erlangung der Würde eines
Doctor iuris
der rechts- und wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Bern

vorgelegt von
Heinz Raschein
von Malix

In Dankbarkeit widme ich diese Arbeit meinen Eltern, welche mir das Studium ermöglicht haben.

Masein, den 30. November 1986

Herrn Prof. Dr. Wolfgang Wiegand danke ich für seine Unterstützung und sein Wohlwollen, die ich bei der Ausarbeitung dieser Dissertation in Anspruch nehmen durfte.

Die Fakultät hat diese Arbeit am 12. Dezember 1985 auf Antrag von Prof. Dr. Wolfgang Wiegand als Dissertation angenommen, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Auffassungen Stellung zu nehmen.

Inhaltsübersicht

1. KAPITEL	RECHT UND VERMÖGENSSCHUTZ	1
A.	Obligationenrecht	1
B.	Haftpflichtrecht insbesondere	35
2. KAPITEL	SYSTEM UND BEGRIFFE DES HAFTPFLICHT- RECHTLICHEN INSTRUMENTARIUMS	101
A.	Zusammenfassung bisheriger Thesen	101
B.	Ermittlungsvorgang anhand haftungsauslösen- der Kriterien	109
C.	Wertungsvorgang anhand haftpflichtbegrenzen- der Kriterien	159
3. KAPITEL	DIE WIDERRECHTLICHKEIT IM EINZELNEN	209
<u>1. Abschnitt:</u>		209
Die objektive Widerrechtlichkeit als selb- ständiger Begriff		209
A.	Begriffliche Verschmelzung von Widerrecht- lichkeit und Verschulden	209
B.	Die Lösung im Schweizerischen Recht	219
<u>2. Abschnitt:</u>		229
Verhaltensnormen und Rechtsgüter		229
A.	Kurzübersicht über die wichtigsten Wider- rechtlichkeitstheorien	229
B.	Betrachtungen zur Annäherung der Positionen	244
<u>3. Abschnitt:</u>		250
Hinweise zur Abgrenzung von Widerrechtlich- keit und Verschulden		250
A.	Allgemeines	250
B.	Personenschäden	263
C.	Sachschäden	266
D.	Reine Vermögensschäden	269

4. Abschnitt:

Besondere Zurechnungsprobleme	277
-------------------------------	-----

A. Verschuldenszusammenhang	277
-----------------------------	-----

B. Widerrechtlichkeitszusammenhang	281
------------------------------------	-----

C. Einige Ergebnisse	296
----------------------	-----

5. Abschnitt:

Zusammenfassung: Begriff der Widerrechtlichkeit	298
---	-----

4. KAPITEL RECHTSSCHUTZ VOR REINEN VERMÖGENS- SCHÄDEN	299
--	-----

A. Betroffenheit individueller Rechtsgüter	299
--	-----

B. Betroffenheit kollektiver Rechtsgüter	303
--	-----

Inhaltsverzeichnis

1. KAPITEL RECHT UND VERMÖGENSSCHUTZ	1
A. Obligationenrecht	1
I. Die vermögensorientierte Betrachtungs- weise des OR	1
1. Vorbemerkung	1
2. Interesse am Vermögen	4
3. Interessenausgleich	5
a) Zweckgedanke	5
b) Obligationenrechtliche Mecha- nismen	7
c) Die Tendenz zur vermögensrecht- lichen Betrachtungsweise	8
II. Zum Begriff des Vermögens	12
1. Das Vermögen als Rechtsgut?	12
a) Im Strafrecht	12
b) Im Privatrecht	13
c) Einige Grundlagen des Rechts- schutzes für Vermögen	14
2. Begriffsbestimmung	16
3. Vermögensverschiebungen und Rechts- schutz	19
III. Verhältnis zum öffentlichen Recht	20
1. Vermögensschutz im öffentlichen Recht	20
2. Verschiedenheit oder Einheitlich- keit der Begriffe?	21
a) Allgemeines	21
b) Strafrecht	21
c) Verwaltungsrecht	24

IV. Kategorien rechtlicher Instrumente des Vermögensschutzes	25
1. Fragestellung	25
2. Grundsätzliche Zuordnung	29
a) Bereicherungsrecht	30
b) Vertragsrecht	32
c) Deliktsrecht	34
B. Haftpflichtrecht insbesondere	35
I. Begriff	35
1. Definition der gebräuchlichen Bedeutung	35
2. Uebersicht über die Wesensmerkmale der Haftpflicht	36
II. Haftpflichtrecht als privatrechtlicher Vermögensschutz	39
1. Haftpflichtrecht und generelle Versicherungslösung	40
2. Gegensätzliche Grundhaltungen in der Schweiz	42
a) Der Standpunkt OFTINGERS	42
b) Der liberale Ansatz WIDMERS	43
3. Einige kritische Gedanken zur vorherrschenden Haftpflichtrechts-Dogmatik	45
a) Verschuldensdogma	45
b) Zurechnung bei Kausalhaftungen	46
c) Grundlegende Interessenabwägung zur rechtspolitischen Wertung	47
aa) Aktivitäts- gegen Integritätsinteressen	47
bb) Zustands- und Verhaltenshaftung	47
4. Risiko als genereller Ansatz jeder privaten Haftung	49
5. Ausgleichsfunktion und Präventivfunktion	53

III. Erscheinungsformen der Haftpflicht (Haftungssysteme)	56
1. Uebersicht und Terminologie	58
2. Widerrechtlichkeit und Vertrags- widrigkeit	59
a) Verhältnis der Begriffe unter- einander	59
b) Vertragshaftung	61
c) Verschuldenshaftung (Delikts- recht)	62
3. Zu den Haftungsformen zwischen Vertrag und Delikt	64
a) Ausgangspunkt	64
b) Haftung für culpa in contrahendo	66
c) Positive Vertragsverletzung	68
d) Einige Ergebnisse	70
4. Kausalhaftung	75
IV. Nachteil und dessen Entstehung	76
V. Unrechtsbegriff	78
1. Unrecht und Unglück	78
2. Zurechnung als normative Wertung	82
3. Rechtspolitische Rahmenbedingungen	84
4. "Unwerturteil" in der Verschuldens- haftung	86
5. "Vorteilsausgleich" bei der Kausal- haftung	88
VI. Haftpflichtrechtliche Instrumentarien	91
1. Deliktsrecht (i.e.S.)	91
2. Kausalhaftungsrecht	94
3. Zusammenfassende Bemerkungen	95
VII. Versagen des haftpflichtrechtlichen Instrumentariums?	96

2. KAPITEL	SYSTEM UND BEGRIFFE DES HAFT- PFLICHTRECHTLICHEN INSTRUMENTARIUMS	101
A.	Zusammenfassung bisheriger Thesen	101
I.	Nachteilszufügung	101
II.	Unrecht	103
III.	Einige Relativierungen	106
B.	Ermittlungsvorgang anhand haftungsaus- lösender Kriterien	109
I.	Der Schaden	109
1.	Begriff	109
2.	Schadenersatz und Naturalrestitu- tion	109
a)	Schaden und Schadenersatz	110
b)	Schaden als messbare Grösse	111
c)	Legalistische Gesichtspunkte	112
d)	Sachschäden	113
e)	Praktische Gesichtspunkte	113
3.	Die einzelnen Begriffselemente des Schadens	114
a)	Vermögen	114
b)	Vermögensverminderung	117
c)	Unfreiwilligkeit	118
4.	Der "Schaden" als Tatfrage	118
a)	Zum Spannungsfeld zwischen Infor- mation und Bewertung	118
b)	Natürlicher und normativer Scha- densbegriff?	119
c)	Stellungnahme von Rechtsprechung und Lehre in der Schweiz	123
5.	Konsequenzen dieses Schadensbegriffs	126
a)	Schaden als primäre Voraussetzung der Schadenersatzpflicht	126

b) Schaden und immaterielle Unbill	127
c) Vermögensorientierte Betrachtungsweise	130
d) Schaden und Kausalität	133
6. Arten und Einteilungskriterien des Schadens	134
a) nach verletztem Rechtsgut (Sach-, Personen-, reiner Vermögensschaden)	134
b) nach betroffenen Vermögensbestandteilen (damnum emergens und lucrum cessans)	135
c) nach Stellung der Ursache in der Kausalkette (mittelbarer/unmittelbarer Schaden)	135
d) nach der Person des Geschädigten (direkter/indirekter Schaden bzw. Reflexschaden)	136
II. Kausalzusammenhang	137
1. Kausalität im eigentlichen Sinn	138
a) Allgemeines	138
b) Bestimmung des natürlichen Kausalzusammenhanges	139
c) Die Bedingungstheorie in Lehre und Rechtssprechung	140
d) Die natürliche Kausalität als Tatfrage	140
2. Das Problem der Adäquanz	141
a) Zurechnungsproblem	141
b) Die Adäquanzlehre in der Schweiz	143

c) Kritik	145
aa) Unbestimmtheit des Adäquanzbegriffs	145
bb) Adäquanz und Verschulden	148
cc) Adäquanz und Kausalhaftung	150
dd) Zusammenfassung	151
III. Ergänzende Betrachtungen	153
1. Standortbestimmung: Schaden und Kausalität als Sachverhalt	153
2. Praktische Gesichtspunkte	154
a) Zum Vorgang der Rechtsanwendung	154
b) Beweisfragen	155
c) Prozessuales	157
C. Wertungsvorgang anhand haftungsbegrenzender Kriterien	159
I. Anknüpfungspunkte in der Kausalkette (oder: Die subjektiven Zurechnungskriterien)	159
1. Ausgangspunkt	159
2. Schuldhaftes menschliches Verhalten	159
a) Der gesetzliche Haftungstatbestand: Art. 41 OR	159
b) Verhaltensbegriff und Kausalkette	160
c) Das Problem der Unterlassung	162
d) Verschulden	163
aa) Begriff	163
bb) Das "Substrat" der Verschuldensqualifikation	166
cc) Schuldformen	169
e) Insbesondere zur Struktur des Fahrlässigkeitsbegriffs	170
aa) Fahrlässigkeit und Widerrechtlichkeit	170

bb) Voraussehbarkeit und Vermeidbarkeit	172
cc) Beurteilungsstandpunkt (Das Problem der Objektivierung)	176
dd) Polizeivorschriften, Sorgfaltsregeln, Vorsichtspflichten, Verkehrspflichten	182
f) Mehr psychologischer denn normativer Schuldbegriff als Fazit	184
3. Besonders gefährvolle Zustände (qualifizierte Schädigungspotentiale)	185
II. Widerrechtlichkeit (oder: Das objektive Zurechnungskriterium)	192
1. Ausgangspunkt zur Begriffsbestimmung	192
a) Vermögensschutz	192
b) Schutz persönlicher Verhältnisse	193
2. "Substrat" des Widerrechtlichkeitsurteils	194
a) Bei der Verschuldenshaftung	194
b) Bei der Kausalhaftung	195
3. Zum Wesen der Widerrechtlichkeit (Normwidrigkeit - Pflichtwidrigkeit - Rechtsgüterverletzung)	196
4. Die Widerrechtlichkeit in Lehre und Rechtsprechung	200
5. Terminologisch - Begriffliches	201
6. Exkurs: Rechtfertigung	203
III. Widerrechtlichkeit und Verschulden	204
1. Unrecht, Unwerturteil, Zurechnung	204
2. Das Problem des Unrechtsbewusstseins	206

3. KAPITEL DIE WIDERRECHTLICHKEIT IM EINZELNEN	209
<u>1. Abschnitt:</u>	209
Die objektive Widerrechtlichkeit als selbständiger Begriff	209
A. Begriffliche Verschmelzung von Widerrechtlichkeit und Verschulden	209
I. Das französische Recht	209
1. Vorbemerkung	209
2. Der Begriff "faute " im französischen Code civil	209
II. "Aussenseiter" der Schweizerischen Doktrin	212
1. Vom französischen Recht beeinflusste Autoren	212
a) Albert Richard	212
b) Jean Darbellay	212a
2. Vertreter von "Imperativtheorien"	214
a) Bruno von Büren	214
b) Marcus Desax	216
B. Die Lösung im Schweizerischen Recht	219
I. Die begriffliche Trennung von Widerrechtlichkeit und Verschulden	219
II. Begründung aus Grundsatzüberlegungen	220
III. Begründung aus dem Gesetz	223
IV. Begründung aus Zweckmässigkeitsüberlegungen	225
1. Verschulden ohne Widerrechtlichkeit	225
2. Widerrechtlichkeit ohne Verschulden	226
3. Fazit	227

V. Zur Lehre und Rechtssprechung	227
VI. Schlussfolgerung	228
<u>2. Abschnitt:</u>	229
Verhaltensnormen und Rechtsgüter	229
A. Kurzübersicht über die wichtigsten Widerrechtlichkeitstheorien	229
I. Allgemeines	229
II. Subjektive und objektive Wider- rechtlichkeitstheorie	230
1. Lehre	230
a) Subjektive Widerrechtlich- keitstheorie	230
b) Objektive Widerrechtlich- keitstheorie	231
c) Neuere Tendenzen zur Ab- schwächung der Kontroverse	233
2. Rechtssprechung	234
III. Zur Lehre von Verhaltens- bzw. Er- folgsunrecht: Normwidrigkeit und Rechtsgüterverletzung	235
1. Problem und Ansatzpunkte	235
2. Entwicklung der bundesgericht- lichen Rechtssprechung	236
3. Lehre	241
4. Zum Standpunkt des BGB	243
B. Betrachtungen zur Annäherung der Posi- tionen	244
I. Hinweise zur Klärung einiger Grund- lagen	244
1. Verhaltensbegriff	244
2. Intensität des Rechtsgüter- schutzes	245

a) Rechtsgüterschutz und Ver- haltensrecht	245
b) Rechtsgüterschutz im Schwei- zerischen Recht	246
II. Einige konkrete Folgerungen	248
<u>3. Abschnitt:</u>	250
Hinweise zur Abgrenzung von Widerrecht- lichkeit und Verschulden	250
A. Allgemeines	250
I. Zusammenfassung bisheriger Ergeb- nisse	250
1. Zum Inhalt des Widerrechtlich- keitsurteils	250
2. Zum Inhalt des (psychologischen) Verschuldensurteils	251
3. "Unwerturteil" entspricht dem normativen Verschuldensbegriff	251
II. Gesetzliche Funktionen	252
1. Widerrechtlichkeitsurteil als Ja-Nein-Entscheidung	252
2. Verschulden als Bemessungsfaktor des Schadenersatzes	252
a) Das Totalersatzprinzip im deutschen und im schweize- rischen Recht	252
b) Art. 43 (44) OR als Absage an einen gesetzgeberischen Lückenlosigkeitsanspruch	253
c) Insbesondere zur haftpflicht- rechtlichen Funktion des Vor- satzes	255
d) Die Abstufungsfähigkeit der Verschuldenselemente	257

e) Exkurs: Zur Schadenersatzbe- messung im allgemeinen	258
aa) Die massgeblichen Reduk- tionsfaktoren	258
bb) Kausalhaftungsrecht	259
cc) Risikobereichsabgrenzung	259
3. Zwischenergebnisse	260
III. Objektivierung und Subjektivierung	260
B. Personenschäden	263
I. Bisheriges Ergebnis	263
II. Bundesgerichtspraxis	263
III. Lehre	264
IV. Fazit	265
C. Sachschäden	266
I. Bisheriges Ergebnis	266
II. Bundesgerichtspraxis	266
III. Lehre	267
IV. Fazit	268
D. Reine Vermögensschäden	269
I. Bisherige Ergebnisse	269
II. Bundesgerichtspraxis	269
III. Lehre	275
IV. Ausblick	276
<u>4. Abschnitt:</u>	
Besondere Zurechnungsprobleme	277

A. Verschuldenszusammenhang	277
I. Der "Holzfäller-Entscheid" als Leading Case	277
1. Der Fall	277
2. Stellungnahme	278
II. Weitere Kasuistik	280
B. Widerrechtlichkeitszusammenhang	281
I. Begriff	281
1. Haftpflichtbegründende Normen und Vermögensschutz	281
2. Normzwecke, Schutzzwecke und Schutzbereiche	282
II. Teilaspekte	283
1. Begrenzung des Schutzbereichs für Personen	283
2. Begrenzung des Schutzbereichs für Interessen	284
3. Andere Begrenzung von Schutzbe- reichen	285
III. Das Problem der sog. Reflexschäden	286
1. Rechtssprechung	286
2. Lehre	286
3. Zum Beispiel Kabelbruchfälle	289
a) Allgemeines	289
b) Rechtsprechung des Bundesgerichts	290
c) Zur Praxis in Nachbarländern	292
d) Zur haftpflichtrechtlichen Relevanz von Art. 239 StGB	293
4. Bemerkungen	295
C. Einige Ergebnisse	296

<u>5. Abschnitt:</u>	298
Zusammenfassung: Begriff der Widerrechtlichkeit	298
 4. KAPITEL RECHTSSCHUTZ VOR REINEN VERMÖGENSSCHÄDEN	299
A. Betroffenheit individueller Rechtsgüter	299
I. Ausgangslage	299
II. Verletzung absoluter Rechte	300
1. Immaterialgüterrechte	300
2. Verletzung von vermögensschützenden Persönlichkeitsrechten	300
a) Allgemeines	300
b) Zum Schutz von wirtschaftlichen Aspekten der Persönlichkeit	301
c) Andere Persönlichkeitsrechte	302
B. Betroffenheit kollektiver Rechtsgüter	303
I. Verletzung von Schutznormen bzw. entsprechender Rechtsgüter	303
II. Insbesondere zum Verstoss gegen Treu und Glauben als Basis der Widerrechtlichkeit	304
1. Allgemeine Vorbemerkung	304
2. Ausgangslage	305

3. Ein einzelner Konkretisierungsversuch als Beispiel	307
4. Schlussbetrachtung	309

Literaturverzeichnis

Nebst den in der Dissertation zitierten Publikationen sind im Literaturverzeichnis auch Werke angeführt, welche im Zusammenhang mit einzelnen Problemen konsultiert wurden und somit von allgemeinem Interesse sein können.

- | | |
|------------------|--|
| Baader | BAADER ARMIN, Die Widerrechtlichkeit nach Art. 41 Abs. 1 OR unter besonderer Berücksichtigung der Gründe für ihren Ausschluss, Diss. Basel 1947 (Maschinenschrift) |
| v Bar | VON BAR CHRISTIAN, Deliktsrecht (Empfiehl es sich, die Voraussetzungen ...neu zu ordnen?...), Gutachten und Vorschläge zur Ueberarbeitung des Schuldrechts, hrsg. vom Bundesminister der Justiz, Köln 1981, Bd. II, S. 1681-1778 |
| Kommentar Becker | BECKER H., (Bern) Kommentar zum Schweizerischen ZGB, Bd. VI, OR, 1. Abteilung, Art. 1-183, 2. Aufl. Bern 1941 |
| v Bieberstein | VON BIEBERSTEIN WOLFGANG Freiherr Marschall, Schadenersatz für Gewinnentgang bei Eigentumsverletzung, FS für Ernst von Caemmerer zum 70. Geburtstag, Tübingen 1978, S. 411-434 |
| Brehm | BREHM ROLAND, L'étendu des dommages-intérêts, Die Verantwortlichkeit im Recht Türkisch/Schweiz. Juristenwoche, Bd. 2, Zürich 1981, S. 499 ff |
| Brem | BREM ERNST, Natürlicher und naturgesetzlicher Kausalzusammenhang im Haftpflichtrecht, ZSR 102 (1983) II, S. 309-327 |
| Bucher | BUCHER EUGEN, Schweizerisches Obligationenrecht, Allg. Teil ohne Deliktsrecht, Zürich 1979 |

- Burckhardt, Einführung BURCKHARDT Walter, Einführung in die Rechtswissenschaft, 2. Aufl. Zürich 1976
- ZStrR ders., Kriminalpolitische Anforderungen an das Schweizerische ZGB, ZStrR XV (1902) S. 233 ff
- Burckhardt (ZSR) BURCKHARDT C.CHR., Die Revision des Schweizerischen OR, ZSR 22 (1903) S. 469 ff
- vBüren VON BUEREN BRUNO, Schweizerisches OR, AT, Zürich 1964
- Bürge BUERGE ALFONS, Die Kabelbruchfälle, Juristische Blätter 103 (1981) S. 57-72
- Bürgi BUERGI WOLF, Die Lehre von der adäquaten Verursachung und ihre Bedeutung in der schweizerischen Rechtssprechung, Diss. Bern 1927
- vCaemmerer, ZBJV VON CAEMMERER ERNST, Das Problem des Drittschadenersatz, ZBJV 100 (1964) S. 341 ff
- Schriften ders., Gesammelte Schriften, Bd. 1, Tübingen 1968; Bd. 3, Tübingen 1983
- Casanova CASANOVA HUGO, Die Haftung der Parteien für prozessuales Verhalten; insbesondere nach Art. 41 ff OR, Diss. Freiburg 1982
- Cavin CAVIN PIERRE, Le dommage indirect, Revue générale des assurances terrestres 46 (1975) S. 101-121
- Châtelain CHATELAIN J.-P., Tendances actuelles du Tribunal Fédéral dans le domaine de la responsabilité civile, ZBJV 105 (1969) S. 209 ff
- vDäniken VON DAENIKEN FRITZ, Rechts- und Tatfragen im Haftpflichtprozess, Diss. Zürich 1976
- Darbellay DARBELLAY JEAN, Théorie générale de l'illicéite, Freiburg 1955

- Desax DESAX MARCUS, Haftung für erlaubte Eingriffe, Diss. Freiburg 1977
- Deschenaux, norme DESCHENAUX HENRI, Norme et causalité en responsabilité civile, in: Erhaltung und Entfaltung des Rechts in der Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts; Festgabe 100 Jahre Schweiz. Bundesgericht, S. 399 ff
- distinction ders., La distinction du fait et du droit dans les procédures de recours au tribunal fédéral, Freiburg 1948
- Deschenaux/Tercier DESCHENAUX HENRI/TERCIER PIERRE, La responsabilité civile, Bern 1975; 2. Aufl. Bern 1982 (mit Randziffern, RZ)
- Dubs DUBS HANS, Die fahrlässigen Delikte im modernen Strafrecht, ZStrR 78 (1962), bes. S. 36-39
- Engel ENGEL PIERRE, Traité des obligations en droit suisse (Allgemeiner Teil) Neuchâtel 1973
- Enneccerus/Nipperdey ENNECCERUS LUDWIG/NIPPERDEY HANS CARL, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 15. Aufl., Tübingen 1960
- Esser ESSER JOSEF, Schuldrecht, Bd. 1, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. (Esser/Schmidt) Heidelberg 1984 (3. Aufl. Karlsruhe 1968, 5. Aufl. Heidelberg/Karlsruhe 1976)
- Eulau EULAU PETER H., Verleitung zum Vertragsbruch und Ausnutzung fremden Vertragsbruchs, Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht, Bd. 17, Zürich 1976
- Fischer FISCHER WILLI, Dritthaftung für falsche freiwillige Auskünfte, Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft 93 (1984) S. 1 ff
- Flückiger FLUECKIGER KURT, Die zivilrechtliche Haftung des verantwortlichen Redaktors, Diss. Bern 1938
- Frei FREI ARMIN, Der Reflexschaden im Haftpflichtrecht, Diss. Zürich 1973

- Furgler FURGLER KURT J., Die Verkehrssicherungspflicht im Schweiz. Haftpflichtrecht, Diss. Freiburg 1978
- Gauch, BGer Praxis GAUCH PETER, OR Allgemeiner Teil, Rechtsprechung des Bundesgerichts (unter Mitarbeit von Aepli/Casanova), Zürich 1983
- Gauch/Schluep/Jäggi Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bd. I und II, 2. Aufl., Zürich 1981
- Gautschi GAUTSCHI GEORG, Widerrechtlichkeit, Verschulden und Kausalzusammenhang bei Motorfahrzeug- und Fahrradvergehen, SJZ 37 (1941) S. 373-379
- Giger GIGER HANS, Berührungspunkte zwischen Widerrechtlichkeit und Verschulden: gleichzeitig ein Beitrag zur Klärung des Begriffs der Sorgfaltspflichtverletzung 100 Jahre Schweizerisches Obligationenrecht; Jubiläumsschrift, Freiburg/Schweiz, 1982, S. 369-396
- Gilliard GILLIARD FRANCOIS, Vers l'unification du droit de la responsabilité, ZSR 86 (1976) II, S. 193-324
- Giovannoni, causalité GIOVANNONI PIERRE, La causalité dans la responsabilité civile extra-contractuelle, ZBJV 98 (1962) S. 249 ff
- dommage indirect ders., Le dommage indirect en droit suisse de la responsabilité civile, comparé aux droits allemand et français, ZSR 96 (1977) I, S. 31-47
- note ders., Note sur la responsabilité civile en cas de "dommage purement économique", Schweiz. Versicherungs-Zeitschrift 1980, S. 277 ff
- Gmür M. GMUER M., Uebereinstimmung der Begriffe im Civil- und Strafrecht, ZSR 22 (1903), bes. S. 622 f

- Gmür R. GMUER ROLAND, Der Kausalzusammenhang zwischen Handlung und Erfolg im Strafrecht, Diss. Zürich 1958
- Gorgé GORGE REMY, Die absichtliche Schädigung unter Verstoß gegen die guten Sitten gemäss OR Art. 41 Abs. 2, Diss. Bern 1948
- Guhl GUHL THEO, Untersuchungen zu Art. 51 (a.) OR, Diss. Bern 1904
- Guhl/Merz/Kummer (GMK) Das Schweizerische Obligationenrecht, 4. Aufl., Zürich 1948; 6. Aufl. (Guhl/Merz/Kummer) Zürich 1972; 7. Aufl. Zürich 1980
- Guinand GUINAND JEAN, La responsabilité des personnes incapables de discernement, Jubiläumsschrift 100 Jahre Schweiz. OR, Freiburg 1982, S. 397-411
- Gygi GYGI FRITZ, Die Widerrechtlichkeit in der Staatshaftung, FS Grisel ("Mélanges Grisel"), Neuchâtel 1983, S. 417-431
- Hafter HAFTER ERNST, Lehrbuch des Schweiz. Strafrechts AT, 2. Aufl. Bern 1946
- Hagen HAGEN HORST, Funktionale und dogmatische Zusammenhänge zwischen Schadens- und Bereicherungsrecht, FS Karl Larenz zum 70. Geburtstag, München 1973, S. 867-884
- Hager HAGER GUENTER, Haftung bei Störung von Energiezufuhr, (Deutsche) Juristenzeitung (JZ) 1979 (Tübingen), S. 53-58
- Hauser A. HAUSER ARNOLD, Ueber den Ersatzanspruch aus amtspflichtmässigen rechtswidrigen Staatsakten, Diss. Zürich 1934
- Hauser R. HAUSER ROBERT, Zum Verhältnis zwischen zivil- und strafrechtlicher Verantwortlichkeit, Die Verantwortlichkeit im Recht, Türkisch/Schweiz. Juristenwoche, Bd. 2, Zürich 1981, S. 601-617

- Hohloch HOHLOCH GERHARD, Allgemeines Schadensrecht (Empfiehl sich eine Neufassung der gesetzlichen Regelung des Schadensrechts?) Gutachten und Vorschläge zur Ueberarbeitung des Schuldrechts, Bd. I, hrsg. v. Bundesminister der Justiz Köln 1981, S. 375-478
- Homberger HOMBERGER ARTHUR, Haftpflicht ohne Verschulden, ZSR N.F. 49 (1930) S. 1a-39a)
- Hopt HOPT KLAUS, Nichtvertragliche Haftung ausserhalb von Schadens- und Bereicherungsungleich, AcP 183 (1983), S. 608-724
- Horn HORN HANS-RUDOLF, Untersuchungen zur Struktur der Rechtswidrigkeit, Diss. Mainz 1962
- Huber K. HUBER KONRAD, Verkehrspflichten zum Schutz fremden Vermögens, FS für Ernst v. Caemmerer zum 70. Geburtstag, Tübingen 1978, S. 359-388
- Huber HUBER ULRICH, Normzwecktheorie und Adäquanztheorie, JZ 1969 S. 677-683
- Jäggi, Persönlichkeitsschutz JÄGGI PETER, Fragen des privatrechtlichen Schutzes der Persönlichkeit, ZSR N.F. 79 (1960)II, S. 133a ff
- Seelig ders., Bemerkungen zum Fall Seelig, SJZ 50 (1954) S. 353-356
- FS Schönenberger ders., Zum Begriff der vertraglichen Schadenersatzforderung, Festgabe W. Schönenberger, Freiburg 1968, S. 181 ff
- Jossi JOSSI ALFRED, Unlauterer Wettbewerb durch Verletzung von Arbeitsbedingungen, Diss. Bern 1947
- Känzig KAENZIG ERNST, Die Widerrechtlichkeit, Diss. Bern 1939
- Keller KELLER ALFRED, Haftpflicht im Privatrecht, 1. Aufl. Bern 1970; 2. Aufl. Bern 1978

- Keller, ZSR ders., Haftpflichtrecht - quo vadis, ZSR 98 (1979) I S. 203-216
- Keller/Landmann KELLER MAX/LANDMANN VALENTIN N.J., Haftpflichtrecht, Ein Grundriss in Tafeln, Zürich 1979 (zit. T.=Tafel)
- Kötz KOETZ HEIN, Gefährdungshaftung (Empfiehl sich eine Vereinheitlichung und Zusammenfassung...?) Gutachten und Vorschläge zur Ueberarbeitung des Schuldrechts, hrsg. v. Bundesminister der Justiz, Bd. II, Köln 1981, S. 1779-1834
- Kramer KRAMER ERNST A., "Reine Vermögensschäden" als Folge von Stromkabelbeschädigungen; Urteilsanmerkung Zivilrecht: BGE 106 II 75, recht, Zeitschrift für juristische Ausbildung und Praxis, 2 (1984), S. 128-134
- Landmann LANDMANN VALENTIN N.J., No-fault - Begriff und Systeme, SVZ 49 (1981) S. 193-209
- Lange LANGE HEINRICH, Herrschaft und Verfall der Lehre vom adäquaten Kausalzusammenhang, AcP 156 (1957) S. 114-136
- Lanz LANZ WALTER, Alternativen zur Lehre vom adäquaten Kausalzusammenhang, Diss. St. Gallen 1974
- Larenz LARENZ KARL, Lehrbuch des Schuldrechts, I. Bd., Allgemeiner Teil, 13. Aufl. München 1982
- Aufwendungen ders., Nutzlos gewordene Aufwendungen als erstattungsfähige Schäden, FS Oftinger, Zürich 1969, S. 151-169
- Larese LARESE WOLFGANG, Zur Entwicklung der Gefährdungshaftung in der Schweiz, Die Verantwortlichkeit im Recht Türkisch/Schweiz. Juristenwoche, Bd. 1 Zürich und Bern 1980, S. 49-62
- Lauri LAURI HANS, Kausalzusammenhang und Adäquanz im Schweizerischen Haftpflicht- und Versicherungsrecht, Diss. Bern 1976

- Lehmann LEHMANN HEINRICH, Begrenzung der Rechtswidrigkeit, Festschrift für J.W. Hedemann, Berlin 1958, S. 178 ff
- Leser LESER HANS G., Zu den Instrumenten des Rechtsgüterschutzes im Delikts- und Gefährdungshaftungsrecht, AcP 183 (1983) S. 568-607
- Lieb LIEB MANFRED, Grundfragen einer Schuldrechtsreform, AcP 183 (1983) S. 327-368
- Kommentar Liver LIVER PETER, (Berner) Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Bd. I, Einleitung und Personenrecht, Bern 1966, "Allgemeine Einleitung", S. 7-77
- Lorez-Wiegand LOREZ-WIEGAND IRENE, Haftung aus Gewässerverunreinigung, Diss. Zürich 1976
- Lorenz, Verkehrspflichten LORENZ WERNER, Verkehrspflichten zum Schutze fremden Vermögens? Versicherungsrecht 34 (1983): 25 Jahre Karlsruher Forum, Jubiläumsausgabe 1983, Beiträge zum Haftungs- und Versicherungsrecht, S. 48-54
- Auskunfts-
haftung ders., Das Problem der Haftung für primäre Vermögensschäden bei der Erteilung einer unrichtigen Auskunft. In FS für Karl Larenz (zum 70. Geburtstag) München 1973, S. 575-620
- Mädlich MAEDRICH MATTHIAS, Das allgemeine Lebensrisiko, Berlin 1980
- Maurer MAURER THOMAS, Drittverschulden und Drittverursachung im Haftpflichtrecht, Diss. Bern 1974
- Medicus MEDICUS DIETER, Verschulden bei Vertragsverhandlungen (Empfiehl sich eine Normierung...?) Gutachten und Vorschläge zur Uebearbeitung des Schuldrechts, hrsg. vom Bundesminister der Justiz, Bd. I, Köln 1981, S. 479-550
- Kommentar Meier-Hayoz MEIER-HAYOZ ARTHUR, (Berner) Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Bd. I, Einleitung und Personenrecht, Bern 1966

- Meister-Oswald MEISTER-OSWALD ELISABETH, Haftpflicht für ausservertragliche Schädigung durch Kinder, Diss. Zürich 1981
- Merz MERZ HANS, Die Widerrechtlichkeit als Rechtsquellenproblem, ZBJV 91 bis (1955) S. 301 ff
- SPR ders., Schweizerisches Privatrecht, Bd. VI/1, Obligationenrecht AT, Basel/Frankfurt 1984
- Müller A. MUELLER ALBERT, Die Beeinträchtigung fremder Forderungen als Delikt im Sinne von OR 41 Abs. 2, Diss. Zürich 1975
- Müller B. MUELLER BERNHARD, Die Haftung der Eidgenossenschaft nach dem Verantwortlichkeitsgesetz, ZBJV 105 (1969) S. 341-367
- Müller H.B. MUELLER HANS BEAT, Die zivilrechtliche Haftung aus Empfehlung, Auskunft und Raterteilung, Diss. Bern 1934
- Nietlispach NIETLISPACH HANS, Zur Frage der zivilrechtlichen Verantwortlichkeit für schlechten Rat und falsche Auskunft nach Schweizerischem OR, Diss. Zürich 1948
- Oftinger OFTINGER KARL, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. I, II 1 und II 2, 2. Aufl. Zürich 1958, 4. Aufl. Zürich 1975
- SJZ ders., Der soziale Gedanke im Haftpflichtrecht, SJZ 39 (1943) S. 545 ff
- Recueil ders., Haftpflicht, Versicherung und soziale Solidarität bei der Wiedergutmachung von Schaden im Schweizerischen Recht, Recueil de travaux suisses présentés au VIIIe Congrès international de droit comparé, Basel 1970
- Gewässer-
verunrein-
igung ders., (Eine neue schweizerische Bestimmung über) Haftpflicht wegen Verunreinigung eines Gewässers, 1. SJZ 68 (1972), S. 101-109, 2. FS Karl Larenz, München 1973, S. 961-979
- Notiz ders., in SJZ 71 (1975) S. 215 f (unter "Mitteilungen")
- Gefähr-
dungshaf-
tung ders., Gefahr für die Gefährdungshaftung, SJZ 52 (1956) S. 1-8

- Oftringer, Schädigungspotential
Schriften
ders., ...und andere Wirkungen des Motorfahrzeuges..., SJZ 59 (1963) S. 198-202
ders., Ausgewählte Schriften, Zürich 1978
- Kommentar Oser/
Schönenberger
OSER HUGO/SCHOENENBERGER WILHELM, (Zürcher) Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. V, Obligationenrecht, Art. 1-183, 2. Aufl. Zürich 1929
- Palandt
PALANDT, Bürgerliches Gesetzbuch, 37. Aufl. München 1978 (heute 39. Aufl.)
- Perrig, WR
PERRIG WERNER, Ueber den Begriff der Widerrechtlichkeit, SJZ 55 (1959) S. 325-329
- Kausalität
ders., Ueber den adäquaten Kausalzusammenhang im Haftpflichtrecht, SJZ 58 (1962) S. 293-302
- Pfister
PFISTER PAUL, Fragen aus dem Gebiete der Widerrechtlichkeit, Diss. Zürich 1925
- Picker
PICKER EDUARD, Positive Forderungsverletzung und culpa in contrahendo: zur Problematik der Haftungen "zwischen" Vertrag und Delikt, AcP 183 (1983) S. 369-524
- Piotet
PIOTET PAUL, La responsabilité précontractuelle du fait d'autrui, spécialement en cas de dol, JdT 131 (1983) S. 379-384
- Rensing
RENSING FRANZ, Die Widerrechtlichkeit als Schadenersatzgrund, Freiburg 1892
- Richard
RICHARD ALBERT, Remarques sur les mots "d'une manière illicite", Faculté de Droit de l'Université Genève, Recueil de Travaux..., Genf 1938, S. 299 ff, Sonderdruck, Genf 1938, S. 1-23
- Salzgeber
SALZGEBER PETER, Amtshaftung, Diss. Zürich 1979

- Schaer, Schadenausgleichssysteme
SVK
SCHAER ROLAND, Grundzüge des Zusammenwirkens von Schadenausgleichssystemen, Basel/Frankfurt 1984
ders., Das gerissene Stromleitungskabel, SVK 1976, S. 50-53
- Schaufelberger
SCHAUFELBERGER PETER, Bereicherung durch unerlaubte Handlung, Diss. Zürich 1981
- Schlechtriem
SCHLECHTRIEM PETER, Vertragliche und ausserververtragliche Haftung (Empfiehl es sich, das Verhältnis ... neu zu ordnen...?) Gutachten und Vorschläge zur Ueberarbeitung des Schuldrechts, hrsg. vom Bundesminister der Justiz, Bd. II, Köln 1981, S. 1591-1680
- Schuhmacher
SCHUHMACHER RAINER, Die Presseäusserung als Verletzung der persönlichen Verhältnisse, Diss. Freiburg 1960
- Schultz
SCHULTZ HANS, Einführung in den Allg. Teil des Strafrechts, Bd. 1, 3. Aufl. Bern 1977; 4. Aufl. 1982
- Schwander Vital
SCHWANDER VITAL, Das Schweizerische Strafgesetzbuch, Zürich 1952; 2. A. 1964
- Schwander
SCHWANDER WERNER, Die Verjährung ausserververtraglicher und vertraglicher Schadenersatzforderungen, Diss. Freiburg 1963
- Schwartz
SCHWARTZ PAUL, Adäquate Kausalität und Verschuldenshaftung, BJM 1970, S. 1-15
- Serozan
SEROZAN RONA, Tendenzen zur Normativierung und Individualisierung der Schadenszurechnung, Die Verantwortlichkeit im Recht: Türkisch/Schweiz. Juristenwoche 1980 in Zürich und Bern, Bd. 2, S. 447-497
- Simonius
SIMONIUS AUGUST, Zur Erinnerung an die Entstehung des ZGB, ZSR 76 (1957) I, S. 314 ff
- StaeHELIN
STAEHELIN BERNHARD, Bemerkungen zur schweizerischen Rechtssprechung des Jahres 1956, ZSR 76 (1957) I, S. 460-470

Stark	STARK EMIL W., Ausservertragliches Haftpflichtrecht, Skriptum Zürich 1982
SVZ, ZSR	ders., Entschädigungsrecht - wohin? SVZ 49 (1981) S. 225-234, ZSR 100 (1981) I, S. 364-384
Grundeigen-tümerhaftung	ders., Das Wesen der Haftpflicht des Grundeigentümers nach Art. 679 ZGB, Zürich 1952
Probleme	ders., Probleme der Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts, ZSR 86 (1967) II, S. 1-192
Stein	STEIN PETER, Haftungskompensation, ZSR 102 (1983) I, S. 67-108
Stoll	STOLL HANS, Adäquanz und normative Zu-rechnung bei der Gefährdungshaftung, Versicherungsrecht, 34 (1983): 25 Jah-re Karlsruher Forum, Jubiläumsausgabe 1983, Beiträge zum Haftungs- und Ver-sicherungsrecht, S. 184-189
Strickler	STRICKLER HANSPETER, Die Entwicklung der Gefährdungshaftung: auf dem Weg zur Generalklausel?, Diss. St. Gallen 1982
Tercier, préjudice réfléchi	TERCIER PIERRE, La réparation du pré-judice réfléchi en droit suisse de la responsabilité civile, Gedächtnisschrift Peter Jäggi, Freiburg 1977, S. 239-271
cent ans	ders., Cent ans de responsabilité civi-le en droit suisse, in: Jubiläumsschrift 100 Jahre Schweiz. OR, Freiburg 1982, S. 203-226
fondements	ders., Quelques considérations sur les fondements de la responsabilité civile, ZSR 95 (1976) I, S. 1-28
Schadens- arten	ders., De la distinction entre dommage corporel, dommage matériel et autres dommages, in FS Assista 1968-1978, Genf 1979, S. 247-267
Tobler	TOBLER ROBERT, Fahrlässigkeit in Zivil- und Strafrecht, Diss. Zürich 1931

- v Tuhr VON TUHR ANDREAS, Allgemeiner Teil des Schweiz. OR; Bd. I, 1. Aufl. Tübingen 1924; 2. Aufl. (v. Tuhr/Siegwart) Zürich 1942; 3. Aufl. (v. Tuhr/Peter) Zürich 1979, Bd. II, 3. Aufl. (v. Tuhr/Escher) Zürich 1974
- Walder, Kausalität WALDER HANS, Die Kausalität im Strafrecht, ZStrR 93 (1977), S. 113 ff
- Probleme ders., Probleme bei Fahrlässigkeitsdelikten, ZBJV 104 (1968) S. 161 ff
- v Wattenwyl VON WATTENWYL ROBERT, Die Rechtswidrigkeit im Zivil- und Strafrecht, ZSR N.F. 48 (1929) S. 414-428
- Haftung ders., Aussercontraktliche Haftung des Aufsichtspflichtigen, Diss. Bern 1926
- Weitnauer, Schaden- WEITNAUER HERMANN, Schadenersatz, ein unerschöpfliches Thema mit immer neuen Variationen, Versicherungsrecht 34 (1983): 25 Jahre Karlsruher Forum, Jubiläumsausgabe 1983, Beiträge zum Haftungs- und Versicherungsrecht, S. 189-196
- a.K. ders., Zur Lehre vom adäquaten Kausalzusammenhang; Versuch einer Ehrenrettung, FS Otfinger Zürich 1969, S. 321-346
- Welser WELSER RUDOLF, Die Haftung für Rat, Auskunft und Gutachten, Wien 1983
- Widmer, Gefahren- WIDMER PIERRE, Gefahren des Gefahrensatzes, ZBJV 106 (1970) S. 289-323
- Standortbestimmung ders., Standortbestimmung im Haftpflichtrecht, ZBJV 110 (1974) S. 289-330
- Notizen ders., Die abenteuerliche Wissenschaft vom Haftpflichtrecht, ZBJV 112 (1976) S. 199-217
- Literaturanzeige ders., Zu Otfingers Haftpflichtrecht, ZBJV 112 (1976), S. 390-394
- fonction ders., Fonction et évolution de la responsabilité pour risque, ZSR 96 (1977) I, S. 417-439

- Wolf WOLF ELIAS, Interessenschutz und allgemeine Rechtssätze, ZSR N.F. 51 (1932) S. 80-88
- Yung YUNG WALTER, Principes fondamentaux et problèmes actuels de la responsabilité civile en droit suisse, Schriftenreihe des Instituts für internationales Recht und internationale Beziehungen, Jur. Fak. der Universität Basel, Heft 18, Deutsch-Französisch-Schweizerisches Kolloquium über Grundlagen und Funktionen des Haftpflichtrechts, zweisprachige Ausgabe, hrsg. von F.-E. Klein, S. 94-149, Basel und Stuttgart 1973 = Etudes et articles (Genf 1971) S. 413 ff
- Zeller ZELLER ERNST, Treu und Glauben und Rechtsmissbrauchsverbot, Diss. Zürich 1980/81
- Zeuner ZEUNER ALBERT, Gedanken über Bedeutung und Stellung des Verschuldens im Zivilrecht, JZ 1966 S. 1-9

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	am Anfang
a.a.O.	am angeführten Ort
A., Aufl.	Auflage
ABGB	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (Oesterreich)
Abs.	Absatz
Abschn.	Abschnitt
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
a.E.	am Ende
AG	Aktiengesellschaft
allfl.	allfällig
Allg.	Allgemein(es)
a.M.	anderer Meinung
Anm., A.	Anmerkung, (eigene) Fussnote
aOR	altes Obligationenrecht (in Kraft l. Januar 1893-31. Dezember 1911)
Art.	Artikel
AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts
AT	allgemeiner Teil
AtG	BG vom 23. Dezember 1959 über die fried- liche Verwendung der Atomenergie und den Strahlenschutz, SR 732.0
Aufl., A.	Auflage
BB	Bundesbeschluss
BB1	Bundesblatt
Bd.	Band
bes.	besonders
BG	Bundesgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (Deutschland)
BGE	Bundesgerichtsentscheid
BGer	Bundesgericht
BGH	Bundesgerichtshof (Deutschland)
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen

BJM	Basler Juristische Mitteilungen
Bsp.	Beispiel
BT	Besonderer Teil
BV	Bundesverfassung, SR 101
bzw.	beziehungsweise
c.i.c.	culpa in contrahendo
das.	daselbst
ders.	derselbe
d.h.	das heisst
Diss.	Dissertation
E., Erw.	Erwägung
EHG	BG vom 28. März 1905 betreffend die Haftpflicht der Eisenbahn- und Dampf- schiffartsunternehmen und der Post, SR 221.112.742
ElG	BG vom 24. Juni 1902 betreffend die elektrischen Schwach- und Starkstrom- anlagen, SR 734.0
ev.	eventuell
f	folgende
ff	fortfolgende
Fn	Fussnote
FS	Festschrift, Festgabe, "mélanges"
gem.	gemäss
gl.M.	gleicher Meinung
GSG	Gewässerschutzgesetz vom 8. Oktober 1971, SR 814.20
HdR	Handwörterbuch der Rechtswissenschaft
h.L.	herrschende Lehre
Hrsg.	Herausgeber, herausgegeben
insb.	insbesondere
i.e.S.	im engeren Sinn
i.S.(v.)	im Sinne (von)
i.V.m.	in Verbindung mit
i.w.	im wesentlichen

i.w.S.	im weiteren Sinn
J.	Jahr
JVG	BG vom 10. Juni 1925 über Jagd- und Vogelschutz, SR 922.0
JZ	(deutsche) Juristenzeitung
Kap.	Kapitel
KG	Kartellgesetz, SR 251
Komm.	Kommentar
Kt.	Kanton
KtGer	Kantonsgericht
lit.	litera
LFG	BG vom 21. Dezember 1948 über die Luftfahrt (Luftfahrtgesetz), SR 748.0
m.E.	meines Erachtens
MO	Militärorganisation der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 12. April 1907, SR 510.10
m.o.w.	mehr oder weniger
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
N	Note, Fussnote, ev. Randnote
N.F.	Neue Folge
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
OG	BG vom 16. Dezember 1943 über die Organisation der Bundesrechtspflege, SR 173.110
OR	Obligationenrecht, SR 220
PKG	Praxis des (bündnerischen) Kantonsgerichts
Pra	Praxis des Bundesgerichts
Prot.	Protokoll
Pt.	Punkt
PVG	Postverkehrsgesetz vom 2. Oktober 1924, SR 783.0
Rdnr.	Randnummer
rev.	revidiert

RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (Deutschland)
RLG	BG vom 4. Oktober 1963 über Rohrleitungsanlagen zur Beförderung flüssiger oder gasförmiger Brenn- oder Treibstoffe, SR 746.1
rsp.	respektive
RZ	Randziffer
s.	siehe
S.	Seite (nur in Zweifelsfällen verwendet)
SchlT	Schlusstitel
Schweiz.	Schweizerisch
SemJud	La Semaine Judiciaire
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung
sog.	sogenannt
SR	Systematische Rechtssammlung des Bundes
SSG	BG vom 25. März 1977 über explosionsgefährliche Stoffe (Sprengstoffgesetz), SR 941.41
StenBull	Amtliches (stenographisches) Bulletin der Bundesversammlung (ab 1967 amtliches Bulletin, amtl.Bull.)
StGB	Strafgesetzbuch, SR 311.0
SVG	Bundesgesetz über den Strassenverkehr (Strassenverkehrsgesetz) vom 19. Dezember 1958, SR 741.01
SVK	Schweizerischer Versicherungs-Kurier
SVZ	Schweizerische Versicherungs-Zeitschrift
T.	Tafel
usw.	und so weiter
UWG	BG vom 30. September 1943 über den unlauteren Wettbewerb, SR 241
Verf.	Verfahren
VG	Verantwortlichkeitsgesetz des Bundes, SR 170.32
VO	Verordnung
VVG	Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag, SR 221.229.1

z.B.	zum Beispiel
ZbJV	Zeitschrift des bernischen Juristenvereins
Zeitschr.	Zeitschrift
ZfRV	Zeitschrift für Rechtsvergleichung
ZGB	Zivilgesetzbuch, SR 210
Ziff.	Ziffer
Zit., zit.	Zitat, zitiert
ZPO	Zivilprozessordnung
ZR	Blätter für zürcherische Rechtssprechung
ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht
ZStrR	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht

1. KAPITEL

RECHT UND VERMÖGENSSCHUTZ

A. Obligationenrecht

I. Die vermögensorientierte Betrachtungsweise des OR

1. Vorbemerkung

Die primären und ursprünglichen Grundlagen unseres Haftpflichtrechts sind im Allgemeinen Teil des OR verankert. Art. 41 OR ist gleichzeitig Grundnorm und Generalklausel der zivilen Verschuldenshaftung. Sogenannt "milde" oder "gewöhnliche" Kausalhaftungen sind in einigen der darauffolgenden gesetzlichen Tatbeständen normiert. Die Aufsplitterung vieler Gefährdungshaftungen 1) in zahlreiche Spezialgesetze erfolgte später. Es darf darob jedoch nicht vergessen werden, dass die Haftung aus "unerlaubter Handlung" in der Sicht des Gesetzgebers systematisch als allgemeiner Entstehungsgrund von Obligationen erscheint, welcher selbständig neben der Entstehung aus Vertrag oder ungerechtfertigter Bereicherung steht. Es ist zu befürchten, dass infolge der eingetretenen Rechtszersplitterung und Uneinheitlichkeit 2) sowie der wachsenden praktischen Bedeutung von Gefährdungshaftungen 3) die gedanklichen Verbindungen zu den obligationenrechtlichen Prinzipien und Leitideen zum Teil nicht mehr sehr deutlich erkennbar sind; diese bestehen jedoch nach wie vor, wofür zahlreiche Querverweise 4) und auch Vereinheitli-

- 1) ...oder "scharfe" Kausalhaftungen; vgl. allg. unten B II 3 a
- 2) Unten B II 3 a m.w.H.
- 3) Vgl. unten B II (Vorbemerkung), bei Anm. 21; Kramer, Die Lebenskraft des Schweiz. OR, ZSR 102 (1983) I 272 m.w.H.; Oftinger I 37 ff
- 4) Vgl. statt vieler Bsp. SVG 62 I

chungsbestrebungen 5) sprechen. Es kann deshalb nicht schaden, wieder einmal auf die gedankliche und historische Verwurzelung des Haftpflichtrechts im OR hinzuweisen sowie sie in einzelnen Aspekten zu beleuchten; denn dieser grundlegende Umstand wird bei der konkreten Anwendung und Ausprägung haftpflichtrechtlicher Begriffe in Doktrin und Praxis nicht immer beachtet.

In kaum einem anderen Rechtsgebiet dürfte die Schaffung von klaren Grundvorstellungen und festen Bezugspunkten so absolut unerlässlich sein, wie eben im Haftpflichtrecht; die Rechtswirklichkeit legt beredtes Zeugnis davon ab: Ueber Inhalt und Anwendung vieler Begriffe gehen die Meinungen zum Teil weit auseinander; ihre Handhabung erfolgt sehr oft auch inkonsequent; eine Studie der zahlreichen bestehenden Theorien endet meist damit, dass der Verfasser auch noch die seiner eigenen Auffassung entsprechende "neue" Theorie hinzufügt; Verwirrung und Unsicherheit in Lehre und Rechtsprechung ist die Folge 6). Nirgends so ausgeprägt wie im Haftpflichtrecht stellt das Gesetz Begriffe auf, ohne sie zu definieren und gibt damit gleichsam ausfüllungsbedürftige Leerformeln vor 7); die Widerrechtlichkeit ist ein Paradebeispiel dafür 8).

Damit wird der Bereich haftpflichtrechtlicher Grundfragen zu einem geradezu klassischen Anwendungsgebiet von seinerzeit

- 5) Hinweise unten B II 3 a, Anm. 44
- 6) Vgl. z.B. Perrig, Widerrechtlichkeit 325, 329; Giger 369 ff. Davon zeugt auch eine in ihrer Vielfalt und ihrem Ausmass kaum mehr überblickbare Literatur: Oftinger I 127; Giger 371 f (N 8); Lanz 1 ff (insbes. N 4), 31 N 90; Desax 12 N 1 und mein eigenes Literaturverzeichnis, um nur einige wenige Hinweise zu geben. Unten Anm. 25 usw.
- 7) Giger 369 ff und 377 ff sowie dortige Verweisungen
- 8) Känzig 38; GMK 164; v Thur I 408; Merz 306; Schuhmacher 37 f; Jäggi, Persönlichkeitsschutz, 175a (N 67) m.w.H. Vgl. dazu auch grundsätzlich Kap. 3, 3. Abschn. A II 2 b (zu OR 43)

epochenmachenden schweizerisch-originellen Grundsätzen der Rechtsanwendung, die in Art. 1 ZGB enthalten sind 9). Für die notwendige Konkretisierungs- und Auslegungsarbeit wird - wie allgemein bekannt - kein Lösungsschema angeboten, sondern es werden lediglich gewisse generelle Richtlinien festgelegt, womit gleichsam die allgemeine Marschrichtung angezeigt ist. Der Rahmen steht damit fest, oder - wie man die möglichen Argumentationsebenen auch bezeichnen könnte: die verschiedenen Auslegungsmethoden mit ihren "Elementen" 10). Im Fall von komplexen (Leer-) Begriffen, wie etwa demjenigen der Widerrechtlichkeit sind damit wissenschaftliche Kontroversen von mehr oder weniger bedeutender Intensität und Ausdehnung unumgänglich, aber auch unerlässlich.

Beim heutigen immer noch einigermaßen verwickelten Stand dieser Auseinandersetzungen vertrete ich die Auffassung, dass versucht werden sollte, durch eine Rückbesinnung auf die eigentlichen, grundlegenden und elementaren Ausgangspunkte mehr Klarheit zu schaffen, mag deren ausdrückliche Erwähnung 11) auch vorerst selbstverständlich, ja banal wirken. Sie sind offenbar die Quelle, aus welcher massgebende Leitideen zu gewinnen sind, weshalb man sie immer wieder als Bezugspunkte heranziehen muss.

9) Ich meine damit das unumwundene Eingeständnis des schweizerischen Gesetzgebers, dass nie alle Rechtsprobleme und konkreten Fälle voraussehbar und damit im voraus reglementierbar sind, ja sogar dass zuweilen (wenn auch selten) selbst das Gesetz "falsche" Antworten gibt (ZGB 2 II): das offene Bekenntnis zur Lückenhaftigkeit und Imperfektion des Gesetzes und als Konsequenz daraus die Einnahme einer flexiblen Grundhaltung mit generellen Ausnahme- und Generalklauseln. Dazu vgl. Kommentar Meier-Hayoz N 31 ff, N 34 ff zu ZGB 1 und Giger 370, vgl. die weiteren Hinweise das. in N (3), 4 und 5 sowie die einleitenden Gedanken bei Merz 301 ff, und schliesslich zur analogen Funktion von OR 43 (f) unten Kap. 3, 3. Abschn. A II 2 b

10) Kommentar Meier-Hayoz N 132 ff zu ZGB 1

11) ...in den nachfolgenden Ausführungen...

2. Interesse am Vermögen

So erscheint es in der Tat als recht banale Feststellung daran zu erinnern, dass der Begriff der Obligation 12) im schweizerischen Recht doch vorwiegend das Merkmal ökonomischer Erfassbarkeit aufweist 12a). Damit ist gesagt, dass der Wert einer Obligation sich in der Regel letztlich in Franken und Rappen ausdrücken lässt. Obligationen entfalten ihre Wirkungen im Vermögen der Beteiligten. Obligationenrechtlich relevante Vorgänge spielen sich demnach meist auf einer materiellen (wirtschaftlichen) Ebene ab. Auch etwa vom Verfahrensrecht her gesehen ist es so, dass eine eigentliche Zwangsvollstreckung im Grunde nur bei Geldschulden, und dann über das (eidgenössische) Schuldbetreibungs- und Konkursrecht zu erreichen ist; denn eine Naturalerfüllung 13) ist erstens umständlicher und langwieriger, weil ungewöhnlich - nämlich nicht annähernd in gleichem Masse institutionalisiert (wie die Schuldbetreibung) - und zweitens ist sie anhand des staatlichen Zwangsapparates letztlich überhaupt nicht zu erzielen: nichts kann den Schuldner daran hindern, die zu übereignende bzw. herauszugebende Sache zu zerstören oder sonstwie verschwinden zu lassen. Tendenziell ist somit festzuhalten, dass in der Praxis solche "Naturalschulden" umgerechnet und damit wieder auf die rein ökonomische Ebene verschoben werden.

12) Zur Begriffsbestimmung vgl. nebst anderen GMK 9 ff

12a) Andere Rechtsgebiete - wie etwa das Personen- und das Familienrecht - sehen die Entstehung "nicht-pekuniärer" Verpflichtungen vor: zB zum Schutz des Namens, der Ehre, persönlicher Verhältnisse (vgl. unten 3 c, a.E. und Kap. 2, C II 1 b) oder familiärer Beziehungen (Eltern-Kind i.S.v. ZGB 272 f) usw. Dieser Aspekt lässt sich hier vernachlässigen; vgl. dazu immerhin auch Kramer, Berner Komm., Allg. Einleitung zum OR, Bern 1980, N. 70

13) Die Tilgung einer nicht auf Geldleistung lautenden Obligation, etwa ein Anspruch auf Uebereignung einer Sache; die Regelung des Vollzuges derartiger Urteile ist dann Sache des (kantonalen) Prozessrechtes, vgl. etwa Art. 285 ff der bündnerischen ZPO. (Die grundlegende Kompetenzausscheidung leitet sich aus Art. 64 BV [SR 101] ab). Vgl. den dazugehörigen haftpflichtrechtlichen Aspekt Kap. 2, B I 2, bes. e, m.w.H.

Für Betrachtungen obligationenrechtlicher Probleme ist von einem Menschenbild auszugehen, bei dem jeder an materiellen Vorteilen interessiert ist, da ein solches offensichtlich dem gesamten OR zugrundeliegt - eine heute vielleicht nicht mehr ganz so selbstverständliche Feststellung, im Zeitalter der allgemeinen Bestrebungen, "Lebensqualität" mehr nach im-materiellen Gesichtspunkten zu messen. Dies kann aber nicht zur richtig verstandenen Aufgabe des Obligationenrechts gehören 14). In den hier für uns massgebenden Belangen bleibt es deshalb beim grundsätzlich und überall vorhandenen Interesse des einzelnen an seinem Vermögen, dessen Erhaltung und Vermehrung als generellem Ausgangspunkt.

3. Interessenausgleich

a) Zweckgedanke

Die Abwägung ganz allgemein von Interessen gegeneinander mit dem Ziel eines möglichst "gerechten" Ausgleiches untereinander ist bekanntlich die Aufgabe unserer Rechtsordnung, im beschriebenen Fall der Vermögensinteressen diejenige des Obligationenrechts 15). Der ebenfalls bei WIDMER 16) anzutreffende Hinweis auf den Satz von JHERING, wonach der Zweck der Schöpfer allen Rechts ist, erscheint durchaus am Platz. Im Haftpflichtrecht stehen sich insbesondere Integritäts-

14) Vgl. unten III 1 und B II. Zum Spezialfall des Genugtuungsanspruches aus Verletzung in den persönlichen Verhältnissen vgl. unten c a.E. und die dortigen Verweisungen. Vgl. auch die interessanten Gedanken W. Burckhardts in ZBJV 73 (1937) 49 ff, bes. 50 f und 52 f

15) So insbesondere mit Bezug auf das Haftpflichtrecht Widmer, Standortbestimmung 329: "Ausgleich zwischen gegensätzlichen Interessen ist Aufgabe des Privatrechts, auch seine richtig verstandene soziale Aufgabe"; gemeint sind hier unzweifelhaft Vermögensinteressen. Daneben gibt es auch einen Vermögensschutz im öffentlichen Interesse, vgl. unten III 1 und B II, bes. 1

16) Widmer, Gefahrensatz 322

interesse und Aktivitätsinteresse gegenüber 17); beide sind durchaus im vermögensrechtlichen Sinn zu verstehen, als Ver-
mögensinteressen 18).

In erster Linie ist es bekanntlich der Gesetzgeber, der Interessen aufgrund einer ethisch-normativen Wertung als mehr oder weniger schützenswert einzustufen und auf diese Weise voneinander zu (unter-) scheiden hat. Wo er zum Schluss kommt, dass kaum Aussicht besteht, seinen Zielen mittels geschlossener und umfassender Detailregelung näherzukommen, wird er Zuflucht zu Generalklauseln nehmen und dem Richter als "Rechtsanwender" seine allgemeinen Wertvorstellungen mehr indirekt, in abstrakter Form zu vermitteln suchen 19). Dass dies im Haftpflichtrecht in besonders hohem Masse der Fall ist, habe ich bereits erwähnt; das kommt jedoch keineswegs von ungefähr, sondern dürfte einer wohlbegründeten Notwendigkeit entsprechen 20).

Der Richter hat die im Gesetz niedergelegte "Wertungsskala" des Gesetzgebers bei der Gesetzesanwendung zu berücksichtigen und ihr im Einzelfall nach Möglichkeit konkreten Ausdruck zu verleihen 21). MEIER-HAYOZ spricht in diesem Zusammenhang von den "legislativ-politischen Grundlagen des Ge-

17) Widmer, Standortbestimmung 312; dazu Näheres unten B II 3 c aa

18) Unten c, (bei) Anm. 42 m.w.H.

19) Oben Anm. 9; dem Richter erwächst daraus Freiheit und Verantwortung zugleich, vgl. Merz 328 f

20) Vgl. dazu etwa folgende weitere Passagen dieser Arbeit: Kap. 2, B II 2 c (bes. aa); Kap. 2, C I 2 e cc sowie Kap. 3, 3. Abschn. A II, bes. 2 b, und III

21) Kommentar Meier-Hayoz N 195 zu ZGB 1, vgl. das. allgemein zur Interessenabwägung im Recht (Interessenjurisprudenz) N 192 ff und N 132 ff sowie dort zitierte, z.T. rechtshistorische Literatur; vgl. Desax 2, N 9 und seine dortigen Hinweise auf Zippelius u. Deschenaux

setzes" als Richtschnur für die teleologische 22) Auslegungsmethode 23). Die somit für rechtspolitische Wertungen massgebenden, aber insofern eben auch de lege lata bedeutungsvollen Gesichtspunkte gilt es als Wertungskriterien 24) einigermaßen herauszuschälen und näherer Betrachtung zu unterziehen 25).

b) Obligationenrechtliche Mechanismen

Zusammenfassend ist festzuhalten: Beschäftigung mit Obligationenrecht bedeutet Erfassen von Vorgängen im Vermögen Einzelner, deren Wertung und Sanktionierung 26). Der Teilbereich Haftpflichtrecht seinerseits befasst sich - wie noch weiter zu zeigen sein wird - insbesondere mit verpönten Einwirkungen auf fremde Vermögen; in diesem Zusammenhang ist zweckmässigerweise von "Eingriffen" zu sprechen.

Von "Vorgängen" (im Vermögen) spreche ich in diesem Zusammenhang - mangels eines treffenderen Ausdrucks - deshalb, weil es sich dabei um irgendwelche Vermögensverschiebungen handeln kann, oder auch um eben nicht eingetretene Vermögens-

22) Zweckgerichtet

23) Genauer gesagt, das bei der Ermittlung des Gesetzes sinns wohl im Vordergrund stehende teleologische Element der Auslegung, vgl. Kommentar Meier-Hayoz N 180 zu ZGB 1

24) Im Haftpflichtrecht ist - weil es ja hier um die Abwälzung bzw. den Ausgleich von Schäden geht - als terminus technicus der Ausdruck "Zurechnungskriterien" (den Zurechnungsvorgang bestimmende Faktoren) gebräuchlich: vgl. unten B V 2 und Kap. 2, C. Lanz 96 N 266

25) Vgl. etwa unten B II und V, bes. 2 ("Zurechnung als normative Wertung") und 3 ("Rechtspolitische Rahmenbedingungen"); insb. Pierre Widmer hat gezeigt, dass dieser Bezug in der täglichen Rechtswirklichkeit teilweise etwas verlorengegangen ist (Widmer, Gefahrensatz 289 ff; Standortbestimmung 289 ff), vgl. auch (ebenso deutlich) Giger 372 f, 376 N 33; unten B VII

26) D.h. es werden bestimmte Tatbestände mit angemessen erscheinenden (adäquaten) Rechtsfolgen versehen

veränderungen, die gerade deswegen ebenfalls rechtsrelevant werden können; prägnant und treffend nennt BRUNO VON BUEREN 27) dies "Ausgleichung ungerechtfertigt eingetretener Vermögenskonstellationen". In Verbindung mit bisherigen Ausführungen könnte man diesen Ausdruck "ungerechtfertigt" etwa gleichsetzen mit "nicht schützenswert": für den Gesetzgeber nach freier Wertung, für den Richter als Gesetzesanwender nach Massgabe der gesetzlichen Grundlagen und Leitlinien, der "Wertungsskala". Die Ausdrücke "ungerechtfertigt" und "nicht schützenswert" werden in dieser Arbeit somit gleichbedeutend verwendet.

c) Die Tendenz zur vermögensrechtlichen Betrachtungsweise 28)

Solche typischerweise obligationenrechtlich relevante Mechanismen spielen sich auf einer rein wirtschaftlichen Ebene ab. Um ihnen auch vermögensrechtlich möglichst gerecht werden zu können, scheint ein gewisses Mass an betriebswirtschaftlicher Betrachtungsweise insofern sicher am Platz zu sein.

Die Erfüllung einer bestehenden Leistungspflicht und der damit verbundene Untergang einer Forderung kann so durchaus - gewissermassen bilanzmässig - als Wegfall eines Passivpostens beim Schuldner und eines Aktivums (genauer: eines Debitoren-Aktivpostens) beim Gläubiger dargestellt werden 29). Das Obligationenrecht knüpft an derartige buchhalterische Vorgänge an, und - im erwähnten Fall - billigt es die damit aus-

27) vBüren 107; entgegen dem dort erweckten Anschein bestimmt dieses Ziel - in derart genereller Formulierung - sicher das gesamte OR, also auch (mit entsprechend angepasstem Blickwinkel) das Vertragsrecht. Man kann wohl von einem allgemeinen Prinzip des OR sprechen

28) Vgl. zu alldem Burckhardt (ZSR) 473 ff, bes. 475 f; Esser, 6. Abschn. 12 ff

29) Ähnlich auch Deschenaux 415 (bei N 57). Differenziertere Ausführungen zur buchhalterischen Behandlung der Vorgänge sind in diesem Zusammenhang nicht weiter notwendig

gedrückte Vermögensverschiebung. Wäre in Erfüllung der erwähnten Pflicht schlechte Ware geliefert worden, so sähe auch die Reaktion der Rechtsordnung anders aus. Art. 97 ff OR (oder auch etwa Art. 197 ff OR, usw.) sehen für diesen Fall vor, dass der Schuldner (bei Verschulden) wenigstens 30) "Geldersatz" 31) leisten und damit (erneut eher schematisch ausgedrückt) den früheren Stand beider bzw. wenigstens des Gläubigers 32) Vermögen wiederherstellen muss. Erleidet er dabei selber "Schaden", so wird er darauf sitzen bleiben 33), da ihm in diesem Fall kein schützenswertes Interesse auf Ausgleich zuzubilligen ist: Es besteht kein wertungsmässig 34) vertretbarer Grund, ihm diesen Schaden abzunehmen.

Man könnte diese Betrachtungsweise durchgehend anwenden. Beispielsweise liessen sich die allgemeinen Grundsätze des Obligationenrechts in die Formulierung kleiden, dass es nebst einer sachlichen Beschränkung des gesetzlichen Vermögensschutzes im OR auch eine solche zeitlicher 35) und persönlicher 36) Natur gibt. Und durchwegs wird von derartigen

30) Vgl. unten bei Anm. 37 ff

31) Vgl. oben 1 bei Anm. 13; Kap. 2 B I 2

32) Wie der Schuldner seine "schlechte Ware" vorher (subjektiv) bilanziert hatte, spielt hier natürlich keine Rolle, denn die Rechtsordnung muss bestrebt sein, an "objektiv richtige" Lebensvorgänge (Sachverhalte) anzuknüpfen

33) Casum sentit dominus, dazu unten B V 1

34) Vgl. oben 3 a und b (bes. a.E.). Zur Notwendigkeit von Haftungs- bzw. Schadenszurechnungsgründen im privaten Haftpflichtrecht unten B V 1

35) Nämlich nach den Vorschriften über die Verjährung: OR 127 ff, OR 60, OR 67, usw.

36) So etwa schon vom Begriff des relativen Rechts her (nur Träger, Subjekte der Obligation), ferner vgl. etwa OR 112 (Vertrag zugunsten Dritter), OR 143 (Solidarität), OR 164 ff (Zession), und viele andere

rechtlichen Anordnungen das (abstrakt aufgefasste 37)) Vermögen der Beteiligten betroffen; sei es, dass schon im Tatbestand an einen zu ermittelnden Vermögensstand angeknüpft wird, sei es, dass sich die angeordneten Rechtsfolgen im Vermögen auswirken.

Das Obligationenrecht kann grundsätzlich nicht ein Interesse "an der Sache selbst" direkt schützen 38). Verschiedene, sozusagen natürliche Gegebenheiten 39) zwingen es, in eine rein ökonomische 40) Betrachtungsweise auszuweichen, und zwar auch dort, wo vorerst andere Rechtsgüter als betroffen erscheinen. Indirekt kann auf diese Weise auch wieder ein gewisses, wenn auch vermindertes Mass an Schutz des Interesses an der Sache selbst erzielt werden, indem angestrebt wird, die im Vermögen wirkenden Sanktionen so effizient zu gestalten, wie wenn es um die Sache selbst ginge.

"Die Sache selbst" kann ein gekauftes, aber nicht übereignetes Pferd sein; eine rechtsgrundlos 41) zu Eigentum übergebene Perlenkette, die der Bijoutier zurückhaben möchte; um in Anlehnung an die Gesetzessystematik des allgemeinen Teils OR je ein Beispiel aus dem Vertrags- und dem Bereicherungsrecht zu erwähnen. Im Bereich des Deliktsrechtes kann das entsprechende Interesse an der Sache selbst wohl nur dasje-

37) Also weniger (Wert-) Gegenstände (Wertpapiere, Geld usw.), als viel mehr deren Ausdruck in einer (fiktiven) Bilanz (vgl. das Schema unten II 2 a.E.)

38) vBüren 107; vgl. Flückiger 23 ff. Unten II 1 c m.w.H.

39) Wie etwa (als konkretes Beispiel) die erwähnten Schwierigkeiten bei der Zwangsvollstreckung zeigen (oben 2)

40) Bzw. vermögensrechtliche, wirtschaftliche, materielle...

41) Vielleicht unter irrtümlicher Annahme einer Schuldspflicht (OR 62 ff)...

nige am schadlosen Zustand sein 42). Daraus folgt die allgemeine Forderung nach einem "Schädigungen vermeidenden Verhalten" 43); die Sanktionen sind indessen rein vermögensrechtlicher Art. Sie sollen insbesondere einen gewissen Ausgleich für das unerfüllt bleibende Interesse an der Sache selbst darstellen.

Als klare Abweichung von dieser Konzeption erscheinen die gesetzlichen Regeln über die Genugtuung in Art. 47 und 49 OR, denn dabei geht es offenbar nicht um die Erfassung und Sanktionierung von Vorgängen wirtschaftlicher Natur, welche sich direkt oder indirekt im Vermögen abspielen, sondern eben um immaterielle und damit nicht messbare Beeinträchtigungen. Schutzobjekt ist mithin nicht das Vermögen (bzw. bestimmte Aspekte davon), sondern unmittelbar die "persönlichen Verhältnisse" als Inbegriff aller anerkannten Persönlichkeitsrechte. Es ist bezeichnend, dass sich die zentrale Bestimmung, die Grundregel gerade nicht im OR, sondern im Personenrecht, nämlich Art. 28 ZGB 44), befindet 45). Typisch aber ist die erneut anzumerkende Tendenz der Rechtsordnung, bei der Regelung der Rechtsfolgen die Sache wieder

42) "Integritätsinteresse", oben Anm. 17 und (im einzelnen) unten B II 3 c aa

43) Oftinger I 128: *neminem laedere*; vgl. Tobler 86 (oben)

44) OR 49 (und weitere, wie OR 47, ZGB 93, 134 usw.) sind nur dessen Ausführungsbestimmungen, GMK 58; Oftinger I 287 mit Nachweisen in N 1; vgl. auch schon Burckhardt (ZSR) 486 f. Allgemein Jäggi, Persönlichkeitsschutz 185a ff. Zur Neufassung dieser Bestimmungen Kap. 2, B I 5 b

45) Mit Burckhardt (zit. Anm. 44) möchte ich behaupten, dass die Begriffe Immaterielle Unbill und Genugtuung im OR eine Art Fremdkörper bilden: da es im wesentlichen nicht um Vermögens- sondern um Persönlichkeitsschutz geht, gehören sie systematisch ins Personenrecht. Vgl. allg. Flückiger 3 ff und 17 ff, 21 ff

auf die ökonomische Ebene zu ziehen und den Ausgleich dort zu suchen 46), 47).

Abschliessend bleibt darauf hinzuweisen, dass die Tendenz zu einer rein vermögensrechtlichen Betrachtungsweise des Obligationenrechts ein Aspekt unter anderen ist, dessen Bedeutung somit in angemessenen Relationen gesehen werden sollte, wenn er auch in diesem Zusammenhang im Hinblick auf seine Wichtigkeit für das Haftpflichtrecht besonders betont wird.

II. Zum Begriff des Vermögens

1. Das Vermögen als Rechtsgut?

a) Im Strafrecht

Da vor allem das Strafrecht sich mit Rechtsgüterschutz befasst 48), liegt es nahe, einmal die entsprechende Regelung des Strafgesetzbuches kurz zu betrachten. Interessant ist diesbezüglich vor allem die gesetzestechnische Anordnung der Tatbestände, welche Straftaten gegen Individualinteressen 49) sanktionieren, also solche gegen die Person und gegen das Vermögen; sie bilden Gegenstand der ersten vier Titel

46) "Angemessene Geldsumme als Genugtuung", vgl. aber immerhin OR 49 II

47) Zur immateriellen Unbill und deren Rechtsfolge der Genugtuung vgl. ferner unten Kap. 2, B I 5 b und C II 1 b

48) Statt vieler Schultz, 3. Aufl. 24 (§ 1 I)

49) Vgl. zu alldem Günter Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil, I, Bern 1973 (inzwischen allerdings neu aufgelegt), insbesondere S. 16-18. Mit "Individualinteressen" wird die Gesamtheit der Rechtsgüter bezeichnet, deren Träger ein Einzelner ist, während "Gemeininteressen" gewissermassen Rechtsgüter der Gesellschaft (Gemeinschaft der Rechtsgenossen) sind, wie etwa der ungestörte Gang des staatlichen Lebens und der Verwaltung, Sittlichkeit, die Familie; viele davon sind ebenso privatrechtliche Schutzobjekte, vgl. etwa ZGB 90 ff (Familienrecht), ferner unten b a.E. sowie Kap. 4, Titel A und B

des Besonderen Teils StGB (Art. 111 - 186 StGB):

Strafbare Handlungen gegen

- | | |
|--|----------------------|
| 1. Leib und Leben | StGB Art. 111 - 136 |
| 2. Vermögen | Art. 137 - 172 |
| a) Eigentum, Art. 137 - 147 | |
| b) Vermögen überhaupt, Art.
148 - 159 | |
| c) Immaterielle Rechtsgüter,
Art. 160 - 162 | |
| d), Art. 163 - 172 | |
| 3. Ehre und ... Privatbereich | Art. 173 - 179 sept. |
| 4. Freiheit | Art. 180 - 186 |

Man sieht daraus, dass auch "das Vermögen überhaupt" gegen gewisse Uebergrieffe geschützt wird. Da es somit Schutzobjekt von strafrechtlichen Verhaltensnormen ist, kann es zu den Rechtsgütern gezählt werden 50), zusammen mit der Unverletzlichkeit des Lebens, des Körpers (physische Integrität), der Freiheit und anderer Aeusserungen der Persönlichkeit.

b) Im Privatrecht

Es sind ungefähr dieselben Kategorien von Individualinteressen als Rechtsgüter anerkannt und bilden dementsprechend Schutzobjekte diesbezüglicher Regelungen. Der Rechtsschutz obgenannter "Aeusserungen der Persönlichkeit" ist etwa im Personenrecht zu finden 51); dazu gehört auch der Schutz von

50) Stratenwerth (zit. vorangehende Anm.) 15; Schwander Vital RZ 145 und Schultz (3. Aufl.) 24

51) Art. 28 ZGB, als Beispiel für die gesetzlich verankerte "Drittwirkung" eines verfassungsmässigen Grundrechts, in casu des ungeschriebenen Rechts auf persönliche Freiheit mit all seinen Aspekten und Facetten, vgl. dazu die einschlägige staatsrechtliche Literatur; Kap. 3, 2. Abschn. B I 2 b (Anm. 77)

Leib und Leben 52). Das Sachenrecht, insbesondere in Art. 641 ff ZGB, schützt das private Eigentum.

c) Einige Grundlagen des Rechtsschutzes für Vermögen

Ob man nun das Vermögen als Rechtsgut bezeichnen will oder nicht 53), ist letztlich eine mehr methodologische Frage. Tatsache ist, dass das OR einen unmittelbaren Rechtsschutz nicht vorsieht, etwa derweise, dass ein Eingriff ins Vermögen bereits per se, ohne weitere Voraussetzungen, als Rechtsgutsverletzung erschiene und damit widerrechtlich wäre 54); die hauptsächlichen Kategorien rechtlicher Instrumente des Vermögensschutzes im allgemeinen Teil OR unterscheiden sich vielmehr untereinander hauptsächlich durch ein zusätzlich erforderliches Kriterium, nämlich "ungerechtfertigt" (Art. 62 OR), "vertragswidrig" (Art. 97 OR) und "widerrechtlich" (Art. 41 OR) 55). Auf der anderen Seite geht es mir allerdings gerade darum, hier in grösserem Zusammenhang zu zeigen, dass der Rechtsschutz des Vermögens einen Hauptzweck des OR bildet; bedeutet dies nicht konsequenterweise seine Anerkennung als Rechtsgut? Die Frage besitzt keinen Erkenntniswert; denn man kann ja annehmen, dass dem Vermögen eben ein indirekter Rechtsschutz zukommt 56), welcher allerdings als solcher nicht mehr von Interesse ist, weil er vom Bestand eines primären, nämlich Angriffen direkt und unmittel-

52) Kap. 3, 2. Abschn. B I 2 b

53) Bejahend Müller A. 17 f; a.M. Desax 10 f, 42; Stark RZ 264 und Grundeigentümerhaftung 153 N 46 sowie 157; Merz 309

54) Kap. 2, C II 3 (Mittelteil) und Kap. 3, 2. Abschn. B I 2 a m.w.H.

55) Unten IV, bes. 2; vgl. B II 5 (bei Anm. 82 ff)

56) Ein beschränkter Rechtsschutz; das Vermögen wird daher auch als "relatives" Rechtsgut bezeichnet, vBüren 262 f; Merz 312; vgl. auch die Hinweise in Anm. 54 in Verbindung mit Stark RZ 264 (zit. Kap. 3, 2. Abschn. A III 3); vgl. ders. Grundeigentümerhaftung 157; oben I 3 c (A. 38)

bar ausgesetzten Rechtsgutes abhängt; diese letzte Frage beantwortet die erste abschliessend.

Selbstverständlich setzen auch sog. "reine Vermögensschäden" 57) (zusätzlich) Widerrechtlichkeit der Schädigung voraus, sollen sie eine Ersatzpflicht begründen. Allerdings ist die Widerrechtlichkeit in diesem Bereich anerkanntermassen viel schwieriger zu bestimmen, weil die betroffenen Rechtsgüter weniger deutlich abgegrenzt sind: die Doktrin spricht von "Schutzgesetzen und -normen" 58), von ("relativen"?) Rechten, deren Verletzung gegen eine allgemeine Verhaltensnorm "Du sollst nicht ... wie" verstosse 59), von "schwach geschützten Interessenpositionen" 60)...; nicht von der Hand zu weisen dürfte auch die Beobachtung sein, dass das Strafrecht selbst im oben zitierten zweiten Abschnitt seines zweiten Titels im Besonderen Teil nicht nur das Vermögen, sondern vorweg ganz bestimmte andere Rechtsgüter schützt, so dass das Vermögen auch in diesem Bereich als mittelbar betroffen erscheint 61). Als wichtigstes Rechtsgut wird in diesem Zusammenhang Treu und Glauben im Geschäftsverkehr genannt 62), welches ich übrigens im Sinne einer soeben gemachten Anmerkung zu den Gemein- oder Kollektivinteressen zählen möchte 63).

57) Vgl. Kap. 2 zu B I 6 a; Kap. 3, 3. Abschn. D; sowie Kap. 4. Diese Ausführungen erfordern die Vorwegnahme einiger Gedanken zur Widerrechtlichkeit; sie beziehen sich mehr auf Haftpflichtrecht im speziellen, als auf OR (vgl. unten B)

58) § 823 II BGB; vgl. Kap. 3, 2. Abschn. A III 4; Kap. 4, B I. Merz 310 f., 318; Yung 110; Stark RZ 254 ff; Baader 42 ff, 69 f; alle Zit. m.w.H.

59) Merz 312 ff; vgl. Otfinger I 133 unten; GMK 165

60) vBüren 261 ff

61) Stark, Grundeigentümerhaftung 157; oben I 3 c, bes. a.E.

62) Müller A. 18; Stark, Grundeigentümerhaftung 157; Kap. 4, bes. B II

63) Oben Anm. 49

2. Begriffsbestimmung

Der sog. juristische Vermögensbegriff 64) erscheint zumindest für das Schadenersatzrecht als eindeutig zu eng; der Vermögensschutz des Obligationenrechts erstreckt sich nicht bloss auf absolute und relative Rechte, sondern insbesondere im Deliktsrecht 65) auch auf die davon erfassten Güter und eigentlichen Sachen selbst. Nehmen wir die Zerstörung einer Sache: die an ihr bestehenden Rechte als solche bleiben ja im Grunde genommen davon im wesentlichen unberührt. Noch deutlicher sieht man diese Situation beim Tatbestand einer widerrechtlichen Wegnahme, indem das Eigentum dadurch nicht beeinträchtigt wird, aber das (schadenersatzrechtlich massgebende) Vermögen eben schon! Die Tendenz zur Annahme eines wirtschaftlichen Vermögensbegriffs (zumindest 66)) im Deliktsrecht ist unverkennbar; die ökonomische Betrachtungsweise lässt sich vor allem auch deshalb kaum verleugnen, weil die Notwendigkeit der Berechenbarkeit und Vergleichbarkeit von Vermögensständen sie bedingt 67).

Der Begriff des Vermögens muss in engem Zusammenhang mit dem Schadensbegriff 68) gesehen werden und ist gewissermassen

64) vTuhr I, 9 f (N 2): das Vermögen besteht i.w. aus Forderungen, Sachenrechten, Immaterialgüterrechten, Mitgliedschaftsrechten, ev. Erbrecht usw.; eingehend auch Schaufelberger 29 ff m.w.H.

65) Unten IV 2 c

66) Dies ist gemäss Schaufelberger 33 ff jedoch auch in anderen Rechtsbereichen und -gebieten der Fall, insbesondere wohl auch für das Bereicherungsrecht (a.a.O. 38 ff, bes. 44)

67) Vgl. Schaufelberger 45 m.w.H.; Kap. 2, B I, bes. 5 c

68) Im einzelnen dazu unten Kap. 2, B I, bes. 1 und 3; gewisse Aspekte werden hier vorweggenommen. Schaden ist unfreiwillige Minderung des Vermögens (im hier verwendeten Sinn)

geradezu als dessen Komplementärbegriff 69) aufzufassen und zu verwenden. So gehören insbesondere auch - normalerweise zu erwartende 70) - Anwartschaften 71), Aussichten auf zukünftige Vermögensvermehrung (Gewinn) dazu; regelmässig ist ja in der Rechtsliteratur 72) im Rahmen der Ausführungen zum Thema "Schaden" nebst von *damnum emergens* 73) auch von *lucrum cessans* 74) die Rede, also von eigentlich noch nicht realisierten, aber rechtlich dennoch berücksichtigten Vermögensbestandteilen. Konsequenterweise müssen in diesem Zusammenhang durchaus auch sachliche Elemente wie etwa die Kundschaft eines Geschäftsmannes für die Bestimmung seines Vermögens in Betracht fallen 75). Theoretisch ist natürlich auch der Wegfall einer Belastung (also von Schulden), oder die - ebenfalls einigermaßen konkretisierte - Aussicht darauf, zum Vermögen zu zählen. In Anlehnung an die "rein vermögensrechtliche", nämlich buchhalterische oder betriebswirt-

69) Merz 312. Vgl. auch Keller 40 und Deschenaux/Tercier § 3 RZ 7: "patrimoine" (Vermögen). Anders (aber m.E. nicht schlüssig) Oftinger I 53 (und dessen Kielwasser Casanova 59 f), dazu unten Kap. 2, B I 3 a, Anm. 31

70) Ein gewisses Mass an Konkretisierung muss vorhanden sein; OR 42 II spricht (übereinstimmend mit der "Adäquanzformel" des BGer) vom "gewöhnlichen Lauf der Dinge" als Massstab. Damit wird dem Schadensbegriff ein normatives Element beigemischt, vgl. zu der Problematik unten Kap. 2, B I 4 b; *mutatis mutandis* auch Larenz, Aufwendungen (151 ff)

71) Vgl. (bei) Anm. 43

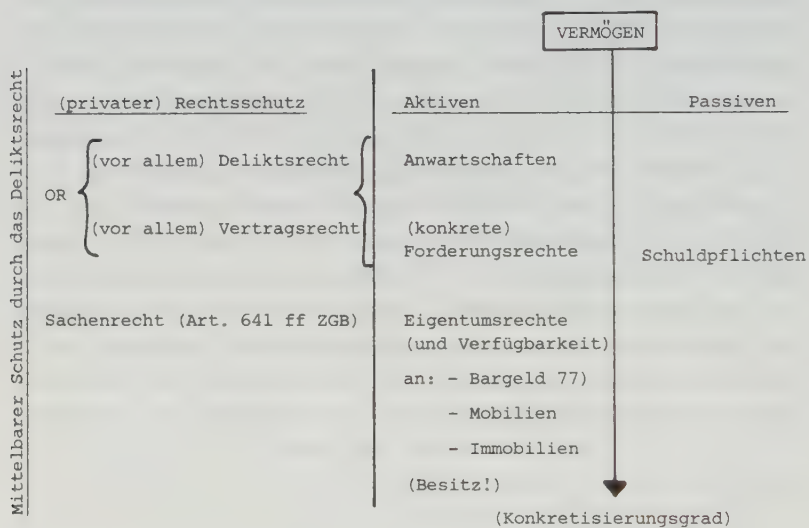
72) Allgemein obligationenrechtliche: GMK 64; vTuhr 85; Bucher 307; vBüren 43 (*damnum emergens* als "statische", *lucrum cessans* als "dynamische" Seite des Vermögens); haftpflichtrechtliche: Oftinger I 55 ff und 61; Keller 40

73) Entstandener Schaden, gemeint im Sinne einer Verminderung des bestehenden, effektiven Vermögensstandes

74) Entgangener oder ausbleibender Gewinn: das Nichteintreten berechtigterweise erwarteter Vermehrung des oben (N 46) erwähnten Vermögensstandes (vgl. N 43 a)

75) Schaufelberger 30 (ff); den Gedanken findet man auch in der "berühmt-berüchtigten" Bestimmung von OR 418 u

schaftliche Betrachtungsweise 76) könnte man demnach etwa folgende schematisierte "Bilanz" aufstellen:



76) Oben I 3 c; vgl. Kap. 2, B I 5c

77) "Bargeld" sehe ich als eine Art Spezialfall, da eine Vindikation (Herausforderung als Eigentum gestützt auf ZGB 641 II zumindest problematisch ist, vgl. ZGB 727, 935); im Vordergrund steht hier die Schadenersatzklage, welche sich ja auf Obligationenrecht stützt (vgl. dazu BGE 47 II 267 ff)

3. Vermögensverschiebungen und Rechtsschutz

Unter diesem Gesichtswinkel betrachtet ist das Verhältnis mehrerer Vermögen verschiedener Rechtssubjekte untereinander von grosser (und wachsender) Interdependenz gekennzeichnet. Praktisch jeder Zuwachs im einen muss zu Verminderungen in anderen Vermögen führen. In einer von den Grundsätzen des freien Wettbewerbs, der Handels- und Gewerbebefreiheit 78) und der Privatautonomie 79) beherrschten Rechtsordnung sind mitunter Verhaltensweisen zulässig, ja geradezu erwünscht, auch wenn sie negative Auswirkungen auf fremde Vermögen zur Folge haben. Jedes menschliche Verhalten oder - wie WIDMER es eher pointiert ausdrückt 80) - gar die blossе Existenz kann fremde Vermögen beeinträchtigen. Wer neben einem kommerziellen Geschäft selbst eines derselben Branche eröffnet, schädigt natürlich seinen Konkurrenten, indem er ihm Kunden entzieht und Marktanteile streitig macht 81), wie es in der Fachsprache heisst 82).

Auf bestimmte Arten solcher "Vermögensvorgänge" 83), die (von ihr) als ungerechtfertigt, illegitim und nicht schützenswürdig empfunden und eingestuft werden, reagiert die

78) Art. 31 BV (SR 101) und folgende (einschränkend): kurz, es geht um das Wirtschaftssystem der (sozialen) Marktwirtschaft. Eingehend dazu auch Jossi 3 ff

79) Dazu Bucher 79 ff

80) Widmer, Standortbestimmung 321

81) So auch Känzig 16 und 45 f oder etwa vBüren 262; ferner Merz 306, 308 (unten) sowie 328; vWattenwyl 423; vgl. Stark RZ 251 f und 267, ders. Grundeigentümerhaftung 148 f (mit Hinweisen auf die Rechtssprechung des Bundesgerichtes in N 39); Müller A. 5 und 44 f; Schaufelberger 30 und 216; Jossi 15 f; Baader 50; Burckhardt, Einführung 51; Frei 97

82) Im Bereich des Vertrags- oder des Bereicherungsrechts sind solche generellen Zusammenhänge weniger von Bedeutung als im Deliktsrecht, weil dort die Tatbestände im allgemeinen enger, präziser und konkreter gefasst sind als hier etwa OR 41

83) Vgl. oben I 3 b (bei Anm. 27)

Rechtsordnung, indem sie versucht, sie wieder rückgängig zu machen: der Rechtsschutz wird derweise entstandenen Vermögenskonstellationen versagt 84). Wir haben gesagt, das Vermögen erscheine als Schutzobjekt obligationenrechtlicher Vorschriften, aber nur - ist jetzt präzisierend und ergänzend beizufügen -, soweit es auf rechtmässige Art zustande gekommen ist; also nur der Vermögensstand wird geschützt, welcher auf rechtlich einwandfreien Vorgängen beruht.

III. Verhältnis zum öffentlichen Recht 85)

1. Vermögensschutz im öffentlichen Recht

Bereits aus den vorangehenden Ausführungen war ersichtlich, dass sich nicht nur das OR als gewichtiger Teil der Privatrechtsordnung mit dem Rechtsschutz des Vermögens befasst, sondern insbesondere auch das Strafrecht als Rechtsmaterie, die ja dem öffentlichen Recht angehört. Ähnliche Funktionen sind da und dort auch dem Verwaltungs- oder dem Staatsrecht zuzuordnen 86). Ich erwähne Teilbereiche des Sozialversicherungsrechts mit Alters- und Hinterbliebenenversicherung, Invalidenversicherung, neuerdings Unfallversicherungsgesetz und Berufsvorsorgegesetz usw., ferner das Staats- und Beamtenhaftpflichtrecht. In diesem Zusammenhang stellen sich

84) Man spricht von verpönten oder (durch die Rechtsordnung) missbilligten "Eingriffen", z.B. Känzig 46; Desax 12; oben I 3 e sowie Kap. 2, C II 1, bes. a

85) Ich weise hier nur auf wenige ganz grundsätzliche Aspekte hin; eingehender unten B II

86) GMK 160 (im Zusammenhang mit der Korrektur einmal eingetretener Vermögenseinbussen): "Letzteres kann wiederum auf zwei Arten geschehen, je nachdem man sich auf eine privatrechtliche Ordnung beschränkt oder hierfür das öffentliche Recht heranzieht. Im modernen Staat werden beide Methoden nebeneinander befolgt; sie ergänzen und unterstützen sich gegenseitig." Vgl. Stark, SVZ 229 ff, und Oftinger, Schriften 298 ff (=Recueil 114 ff)

einige grundsätzliche Fragen, welche bei der Bearbeitung des gestellten Themas vorgängig geklärt werden müssen, weshalb auf das Problem des Verhältnisses Öffentliches/privates Recht nochmals kurz zurückzukommen sein wird 87).

2. Verschiedenheit oder Einheitlichkeit der Begriffe?

a) Bei der Uebernahme von Begriffen des einen in ein anderes Rechtsgebiet ist bekanntlich Vorsicht am Platz. Gerade die Rechtssprechung bildet sich ihre Begriffe regelmässig nach Massgabe der jeweiligen Bedürfnisse im konkreten Fall, wobei sie erfahrungsgemäss kaum je Judikatur oder Literatur aus verwandten Rechtsbereichen heranzieht, so dass sich aus der Praxis selten "übergeordnete" Rechtsbegriffe gewinnen lassen 88).

b) Strafrecht 89)

In der Lehre beschränkt sich beispielsweise Walter LANZ in seiner Untersuchung über "Alternativen zur Lehre vom adäquaten Kausalzusammenhang" ausdrücklich auf die zivilrechtliche Seite des Problems, weil der strafrechtliche Aspekt "schon in seiner Zielsetzung wesentlich anders gelagert" sei 90). Mit bezug auf den Begriff der Widerrechtlichkeit erwähnt Ernst KÄNZIG das Problem verschiedentlich 91); nach

87) Unten B II 1. Gegenstand dieser Arbeit ist privates Haftpflichtrecht (vgl. Känzig 5, N 2; W. Burckhardt, ZBJV 73 [1937] 50-54; Keller 28 usw.), was auf jeden Fall bei Gesetzesauslegung und Begriffsbildung zu berücksichtigen ist, unten B II 2-5

88) So auch Gmür R. 23 f; Tobler 8 ff, bes. 13 ff

89) Vgl. allgemein dazu schon Gmür M. (1903) und Tobler (1931)

90) Lanz 6; vgl. auch Horn 64 f; Hauser R. 603 f; Gmür R. 23 f; anders Keller 52 (unten). Positiver Ausdruck davon ist OR 53

91) Känzig 1 ff; 94 ff

seiner Betrachtungs- und Ausdrucksweise kann die Widerrechtlichkeit als allgemeines oder spezielles Rechtsproblem aufgefasst werden. Letzteres lehnt er ab und befürwortet einen einheitlichen Widerrechtlichkeitsbegriff der "Gesamtrechtsordnung". Diese Ausführungen ändern jedoch nichts daran, dass im Strafrecht ein anderer Begriff der Rechtswidrigkeit gilt, als im Zivilrecht 92): das "Strafrechtswidrige" füllt den entsprechenden Begriff im Zivilrecht offensichtlich bei weitem nicht aus. "Nicht alles, was rechtswidrig ist, ist strafbar, sondern nur einiges Rechtswidrige" 93). Der Begriff der (Straf-) Rechtswidrigkeit ist somit enger gefasst, als unser Widerrechtlichkeitsbegriff 94), insbesondere deshalb, weil er ja aufgrund des Satzes *nullum crimen, nulla poena sine lege* (Art. 1 StGB) eng an die strafgesetzlichen Tatbestände, also an strafrechtliche Verhaltensnormen gebunden ist 95).

- 92) Vgl. auch GMK 166 oben: "der haftpflichtrechtlich relevante Schutzgehalt eines Straftatbestandes braucht aber mit dem strafrechtlich massgebenden Schutzgehalt nicht durchaus identisch zu sein." vWattenwyl 417 (unten) ff
- 93) Schultz, 3. Aufl. 47; ebenso Hafter 94 f. Umgekehrt folgt daraus, dass strafbares Verhalten zivilrechtliche Widerrechtlichkeit begründet (denn es ist ja ohne Zweifel "unerlaubt"), Hauser R. 601, 605. Ebenso Oftinger I 129; GMK 165; Merz 308, 312; Deschenaux/Tercier 2. Aufl. § 6 RZ 24; vTuhr I 409; Känzig 95 ff; Kommentar Oser/Schönenberger N 12 zu OR 41; Engel N 102, 307; Desax 14 m.w.H. (N 1); Stark RZ 266 (implizit); Keller/Landmann T. 44. Ferner BGE 30 II 571 f; 47 II 179; 55 II 334; 71 II 154, 156; 82 II 28; 95 III 91; 101 II 72 f usw.
- 94) Darbellay N 41 ff und N 71
- 95) Horn 79 f, wo er die Bedeutung der Tatbestandsmässigkeit im Strafrecht beschreibt, ein Problem, das sich im Privatrecht anders und viel weniger akzentuiert stellt; vgl. auch Darbellay N 37 (bes. S. 90). In die Beurteilung einer (privatrechtlichen) Haftpflicht finden so viel eher verantwortlichkeitsverschärfende Billigkeitsgesichtspunkte zugunsten des Geschädigten Eingang, Horn 80; vgl. auch unten bei Anm. 102

Es lässt sich auch umgekehrt argumentieren, indem wohl zuzugestehen ist, dass - wenn in den Straftatbeständen im allgemeinen Verhaltensnormen enthalten sind, deren Uebertretung die haftpflichtrechtliche Widerrechtlichkeit zu begründen vermag 96) - doch auch Strafrechtswidriges für das Zivil- bzw. Haftpflichtrecht belanglos sein kann: so namentlich die Gefährdungsdelikte, wie etwa Art. 129 StGB 97). Solange sich die Gefährdung nicht verwirklicht, kann von Schaden im zivilrechtlichen Sinn keine Rede sein 98); wenn sie sich jedoch verwirklicht, so kommen für die Bestimmung der Widerrechtlichkeit andere Normen zum Zug 99).

Auch das Problem der Abgrenzung der Widerrechtlichkeit vom Verschulden stellt sich im Privatrecht anders als im Strafrecht 100), ebenso m.E. das Verhältnis der beiden Begriffe untereinander 101).

Was schliesslich den Verschuldens- und insbesondere den Fahrlässigkeitsbegriff selbst betrifft, so glaube ich, dass

96) Oben Anm. 93

97) "Gefährdung des Lebens"; Abs. 1: "Wer einen Menschen wissentlich und gewissenlos in unmittelbare Lebensgefahr bringt, wird.... bestraft."

98) Kap. 2, B I 5 a; Darbellay N 36, 87 weist auf die Schwäche der zivilrechtlichen Sanktion für fehlbares Verhalten hin, die (in der Regel) in Schadenersatz besteht, also immer auch Schaden voraussetzt; ebenso schon Gmür M. 622

99) Kap. 3, bes. 2. (B II) und 5. Abschn. Dazu auch Horn 70 f und insb. 102: "Die Frage der Rechtswidrigkeit der Gefährdung spielt bei der Haftung für die eingetretene Verletzung keine Rolle, ..."

100) Horn 90 f, vgl. auch 84 f (Abgrenzungsprobleme zwischen den "Zurechnungsschritten" Tatbestandsmässigkeit und Rechtswidrigkeit); vgl. Darbellay, bes. N 52 ff und N 79 ff. Kap. 3, 3. Abschn.

101) Kap. 2, C III; Hauser R. 614 f

er zwar vom gedanklichen Ansatz her im Privatrecht recht ähnlich strukturiert ist, aber in seiner konkreten Ausgestaltung - recht eigentlich von Fall zu Fall - generell einen höheren "Abstrahierungsgrad" aufweisen wird als im Strafrecht, wo entlastende Umstände und Täterindividuen vermehrte Berücksichtigung erfahren müssen; das Strafrecht neigt in dieser Hinsicht zu einer subjektivistischen Betrachtungsweise, während das Zivilrecht eher dem Objektivismus den Vorrang gibt 102).

c) Verwaltungsrecht

Der Begriff der Widerrechtlichkeit wird zwar vom Bundesgericht im Verwaltungsrecht für die Staats- und Beamtenhaftung in der ewig wiederkehrenden Formel 103) genau gleich umschrieben, wie für das private Haftpflichtrecht 104). Gewisse Probleme, wie insbesondere die Abgrenzung von Verschulden stellen sich denn auch teilweise analog 105).

102) Oftinger I 145 (für das Haftpflicht-, also Zivilrecht): "In der immanenten Antinomie zwischen Subjektivismus und Objektivismus im Recht ist es regelmässig der letztere, der den Sieg davonträgt; ..." (vgl. den dortigen Hinweis N 28); Hauser R. 604, 609. Diese "Abstrahierung" (oder "Objektivierung", "Generalisierung der Bedingungen" etc.) und damit die Strenge der Haftung/Verantwortlichkeit lässt sich in derart vielen Nuancen und Facetten ausprägen, dass ich mir kaum allgemeingültige Richtlinien für ein generell richtiges Mass vorstellen kann, die auch überzeugen. In Anbetracht der mir bekannten Lehre und Rechtssprechung zu dieser Frage scheint es mir ein Gebot der intellektuellen Redlichkeit zu sein zuzugeben, dass es sich (vorläufig noch?) um ein Ermessens- oder Billigkeitsproblem handelt (vgl. dazu Kap. 2, B II 2 c bb und C I 2 e cc, bes. a.E.sowie Kap.3,3.Abschn.A II 2 b);Tobler, bes.90 ff,157f

103) Kap. 2, C II 4 (a.A.)

104) Vgl. etwa BGE 94 I 643; 101 I b 254 f; 103 I b 68. So auch Gygi, bes. 419 (N 10 f); Müller B. 348 m.w.H., und Thomas Fleiner-Gerster, Grundzüge des allgemeinen und Schweizerischen Verwaltungsrechts, 2.A. Zürich 1980, S. 315

105) Gygi 420 f; vgl. auch Müller B. 350 f. Vgl. jedoch unten, Anm. 108

Hingegen ergeben sich zweifellos Nuancen in der Begriffsbestimmung insbesondere unter Berücksichtigung der mit dem Ausdruck "amtspflichtgemäss widerrechtliche Schädigung" bezeichneten Problematik 106). Diese erscheint äusserst vielschichtig und kann deshalb hier nicht im einzelnen behandelt werden. Immerhin glaube ich die Aussage wagen zu dürfen, dass der Widerrechtlichkeitsbegriff sich im öffentlichen Haftungsrecht zumindest näher bei der eigentlichen Gesetzeswidrigkeit ansiedelt 107), während man im privaten wohl eher von "Widerspruch zu den Grundsätzen der Rechtsdogmatik" sprechen kann 108).

IV. Kategorien rechtlicher Instrumente des Vermögensschutzes

1. Fragestellung

Es geht hier nicht bloss um die rein gesetzestechnische Anordnung obligationenrechtlicher "Instrumente" des Vermögensschutzes. Immerhin kann die vom Gesetzgeber im OR (AT) gewählte Kategorienbildung als zweckmässig erscheinender Ausgangspunkt dienen 109). Dabei handelt es sich bekanntlich um

106) Gygi 427; Müller Bernhard 350 (m.w.H., N 21); allg.Hauser A.

107) Desax 92 (f); vgl. dazu auch die allgemeinen terminologischen und begrifflichen Bemerkungen von Horn, S. 22 und 23

108) Horn 22. Beispielsweise müsste die Inhaftierung eines Unschuldigen im Verlauf einer einwandfrei durchgeführten Strafuntersuchung wohl als nicht widerrechtlich anerkannt werden, während ein "entsprechender" Tatbestand im Privatrecht soweit überhaupt vorstellbar, als objektiv widerrechtlich zu gelten hat, wobei hier Entlastungsgründe beim Verschulden Berücksichtigung finden können. Zum Begriff der Widerrechtlichkeit im einzelnen vgl. Kap. 3, bes. 5. Abschn.

109) Denn die Gesetzessystematik hat immerhin ihre kaum bestrittene Bedeutung für dessen Auslegung, Komm. Meier-Hayoz N 188 ff zu ZGB I; vgl. Merz 307 und dessen Hinweis (N 3) auf Darbellay 38 ff und 62. Die hier zu beantwortenden Fragen entsprechen etwa denjenigen, welche Känzig in seinem § 21 behandelt; sein Ausgangspunkt entspricht dem hier gewählten

eine Dreiteilung 110), wobei die Obligationen nach folgenden Entstehungsgründen in obligationenrechtliche Teilbereiche gruppiert werden:

1. Vertrag, Art. 1 - 40 OR 111): "Vertragsrecht"
2. Unerlaubte Handlung, Art. 41 - 61 OR: "Deliktsrecht" 112)
3. Ungerechtfertigte Bereicherung, Art. 62 - 67 OR:
"Bereicherungsrecht"

Besondere Schwierigkeiten bereitet dabei etwa die Grenzziehung zwischen vertraglicher und deliktischer Haftung, worauf ich im Anschluss an die Definition des Begriffs der Haftpflicht 113) im zweiten Teil dieses Kapitels noch zurückkommen werde; die Konfliktsituation zwischen Vertrags- und De-

- 110) Diese wird allerdings häufig als unvollständig bezeichnet; zweckmässig und einprägsam scheint mir noch heute die (auf römischrechtliche Kategorien zurückgehende) Einteilung - ebenfalls nach Entstehungsgründen - in deliktische (entspricht OR 41 ff), quasideliktische (entspricht OR 62 ff), kontraktuelle (entspricht OR 1 ff) und quasikontraktuelle (etwa entsprechend OR 419 - 424) Obligationen, vgl. Bucher 50; vTuhr I 43. Allerdings wird die Vollständigkeit auch dieser Einteilung bezweifelt, z.B. Gauch/Schluep/Jäggi (1. Aufl.) N 189 f. Für unsere Zwecke reicht - im Sinne eines groben Ueberblicks - die erwähnte Dreiteilung aus (vgl. zu alldem auch W. Burckhardt, ZBJV 73 [1937] 49 ff)
- 111) Sowie insbesondere OR 97 ff, dazu gleich im folgenden, vgl. Anm. 113
- 112) In einem noch engeren Sinn verstehe ich darunter das Recht der Verschuldenshaftung, unten B III 1 und 2 c, ferner V (kein "Unwerturteil" bei Kausalhaftungen); vgl. dazu auch Oftinger I 19 f; Kap. 2, C II 5 (a.E.)
- 113) Er umfasst unter anderem Schadenersatzforderungen aufgrund von Vertragsverletzungen (OR 97 ff) und von unerlaubten Handlungen (OR 41 ff), vgl. unten B I, nicht jedoch vertragliche Verpflichtungen, die aus der (privat-autonomen) Aufstellung (im Gegensatz zur Uebertretung) von relativen Verhaltensnormen resultieren (OR 1 - 40); hingegen allenfalls bereicherungsrechtliche Verpflichtungen, allerdings fraglich, vgl. unten 2 a a.E.

liktsrecht wird in jenem Zusammenhang zumindest in den wesentlichen Zügen zu erörtern sein 114).

Einige grundsätzliche Bemerkungen scheinen mir jedoch schon an dieser Stelle angebracht. Es wurde bereits darauf hingewiesen, dass es im OR generell darum geht, Vermögenskonstellationen darauf zu prüfen, ob sie vor dem Gesetz als legitim 115) dastehen können oder nicht. Ihren Besonderheiten und vor allem auch ihren Gemeinsamkeiten soll durch die erwähnte Kategorienbildung Rechnung getragen werden. Jeder der drei Teilbereiche des OR soll das Problem des Vermögensschutzes auf eigene Weise lösen 116), sonst hätte ja die dreiteilende Differenzierung keinen Sinn. Die Tatbestände müssen sich durch irgendwelche Typizitäten, also typische Merkmale voneinander unterscheiden lassen, was dazwischenliegende Grauzonen nicht ausschliesst 117). Diese Merkmale sind herauszuarbeiten, denn sie bestimmen die vom Gesetz für jede Kategorie besonders vorgesehenen "Modalitäten" 118) - und nicht umgekehrt: die Modalitäten sind dogmatisch gesehen nicht Begründung, sondern (rechtliche) Konsequenz der Zuord-

114) Unten B III, bes. 2 a und 3

115) bzw. "schützenswert" oder "gerechtfertigt" nach den vom Gesetz vorgegebenen Kriterien, oben I 3 c a.E.

116) Was wiederum nicht ausschliesst, dass Konkurrenzen entstehen, wenn die typischen Merkmale von zwei Kategorien gegeben sind, unten B III 3 a a.A., für das Bereicherungsrecht jedoch umstritten, vgl. dazu Bucher 604 f; vTuhr I 519 N 31 und 521 f m.w.H., anders GMK 196 f

117) Stichwort culpa in contrahendo zwischen Vertrags- und Deliktsrecht, dazu unten 2 c und B III 3 b

118) So die Ausdrucksweise von Jäggi in FS Schönenberger 193; zwischen Vertrags- und Deliktshaftung handelt es sich um Verjährungsfrist, Verschuldensnachweis (Beweislast) und Haftung für Hilfspersonen

nung eines Tatbestandes zu einer der drei Kategorien 119).

Diese Aussage ist allerdings in zweierlei Hinsicht zu relativieren. Einerseits kann kaum jemand im Ernst vorbehaltlos dafür sein, dass dogmatische Entscheidungen ohne Rücksicht auf Konsequenzen getroffen werden; deren Berücksichtigung zur ergänzenden Begründung muss deshalb als zulässig erachtet werden. Mit Rücksicht auf die bekannte und bereits früher vermerkte flexible Grundhaltung des schweizerischen (Privatrechts-) Gesetzgebers, die sich ja auch in der Voranstellung und Ueberordnung ausgesprochen weitgefasster Grundsätze äussert 120), darf angenommen werden, dass rechtspolitische Entscheidungen 121) so auszulegen sind, dass daraus keine Konsequenzen entstehen, welche tragenden Grundgedanken zuwiderlaufen. Zum zweiten erscheint die Unterscheidung zwischen einer wissenschaftlichen Begründung und daraus folgenden Konsequenzen gar nicht immer als klar und kann sich zuweilen als problematisch erweisen 122).

Ich bin jedoch überzeugt, dass es in bezug auf schweizerisches Recht nicht nötig ist, der vom Gesetz vorgegebenen

119) Es dürfte mit (juristischer) Lebenserfahrung zu belegen sein, dass gerade die Praxis sich einer Denkweise kaum je wird entziehen können, welche die Frage nach dem Ergebnis gewissermassen vorwegnimmt und darnach die Zuordnung vornimmt. Ohne jedoch ergründen zu wollen, ob dies überhaupt notwendig und wünschenswert wäre, meine ich doch, dass in der wissenschaftlich - dogmatischen Betrachtung diesbezüglich striktere Methoden anzustreben sind. Keinesfalls darf dem Gesetzgeber eine (seit langem getroffene) Grundsatzentscheidung "entrisen" werden, bei der keinerlei Anzeichen für eine Delegation an den Richter ersichtlich sind; beachte hingegen die im Text folgende Relativierung; Picker (allg.)

120) Oben I 1 und 3 a, vgl. auch Kap. 3, 3. Abschn., A II 2 b

121) Wie jetzt gerade die erwähnte Dreiteilung; vgl. dazu die vorangehende Anm. 119

122) Vgl. dazu die allgemeingültigen Bemerkungen unten B VII (Abschn. 5 f)

Grundordnung des Vermögensschutzes Zwang anzutun 123), um befriedigende Ergebnisse erzielen oder - richtiger ausgedrückt - sie überzeugend und dogmatisch vertretbar begründen zu können. Wer anderer Ansicht ist, sollte sich für eine Aenderung des gesetzlich vorgegebenen Systems einsetzen 124) und nicht für juristische Konstruktionen mit dem Zweck, eine als unzureichend empfundene Haftungsordnung über den Weg einer erzwungenen Zuordnung zu einer anderen Kategorie künstlich auszuweiten 125). Damit werden nur die Grenzen unnötig verwischt.

2. Grundsätzliche Zuordnung

Damit ist natürlich ein weites Feld betreten, mit vielen noch ungelösten Fragen, deren Problematik hier selbstverständlich nicht im einzelnen aufgerollt werden kann. Immer-

123) Vgl. unten B III, bes. 2 a und 3 d

124) Vgl. unten B III 3 d a.E.

125) Die hier anvisierte Tendenz zielt vor allem auf eine Verlagerung von der Deliktshaftung zur (in den "Modalitäten" günstigeren, unten B III 3 a a.A.) Vertragshaftung. Sie ist in Deutschland in verstärktem Mass zu beobachten, weil eben das BGB doch eine wesentlich weitergehende Geschlossenheit in Form und Materie anstrebt(e), so auch starrer in der Anwendung wird und eher zur Bildung von "Kunstformen" herausfordert (vTuhr II 107 bei N 86 a). Ein wesentlicher Unterschied besteht auch zwischen der Generalklausel von OR 41 und den Einzelatbeständen von BGB 823 (und ff), vgl. dazu auch unten Kap. 3, 2. Abschn. A III 4. Ich denke hier insbesondere an die Figur des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter, die in der Folge durch Verbindung mit der - ebenfalls rein richterlich entwickelten - c.i.c. eine eigentliche "Potenzierungswirkung" erfahren hat (Lieb 336, vgl. auch Picker 376 mit Nachweisen - auch kritischer Stimmen - in N 16 und 17). Die Geschichte dieser Rechtssprechung weist einige berühmt gewordene Fälle auf, die gemäss ihren bekannten Kennwörtern vom "Linoleumteppich" (RGZ 78, 239 ff) über die "Bananenschale" (BGH NJW 1962, 31 f) bis hin zum "Gemüseblatt" (BGHZ 66, 51 ff) führen. Zur gesamten Problematik sowie den laufenden Reformbestrebungen vgl. auch die Gutachten von Medicus und Schlechtriem (Literaturverzeichnis)

hin ist im Sinne einer generellen Orientierungshilfe auf die wesentlichen Grundgedanken jeder "Kategorie" hinzuweisen, deren Ansätze in gewissen bekannten und bewährten Lehren des Allgemeinen Teils OR liegen.

a) Bereicherungsrecht

Auf "funktionale und dogmatische Zusammenhänge zwischen Schadens- und Bereicherungsrecht" hat HORST HAGEN in einem entsprechend betitelten Aufsatz hingewiesen (126). Er stellt vor allem den gemeinsamen Ausgleichszweck (127) in den Vordergrund - was der hier dargestellten Vorstellung von Korrektur ungerechtfertigt eingetretener Vermögenskonstellationen entsprechen dürfte (128). Vielleicht überrascht wird man überdies feststellen, dass bereicherungsrechtliche Ansprüche durchaus unter eine nicht zu eng gefasste Umschreibung des Begriffs "Haftung" (129) fallen; in der Tat soll ja der Be-

126) Vgl. Literaturverzeichnis, oben S. XXII

127) Für das Haftpflichtrecht vgl. insbesondere unten B II 5

128) Hagen 868: "Soll das Schadensrecht, ganz allgemein gesprochen, den Ausgleich von Nachteilen ermöglichen, die zu tragen ein anderer, "näher daran" ist als der Geschädigte, so dient das Bereicherungsrecht dem Ausgleich von Vorteilen, die zu genießen einem anderen "eher gebührt" als dem unmittelbar Begünstigten."... "Der Symmetrieachse entspricht, um im Bilde zu bleiben, der gemeinsame Ausgleichszweck. Im Schadensrecht rückt er den Geschädigten in den Vordergrund, weil dessen Einbusse - nicht mehr, aber auch nicht weniger - ausgeglichen werden soll; im Bereicherungsrecht zwingt er den Blick auf den Bereicherten, weil dessen Vermögenszuwachs - nicht weniger, aber auch nicht mehr - abgeschöpft werden soll." Vgl. auch Bucher 496, bei N 1 f

129) Unten B, bei Anm. 6: "Einstehen müssen für eine Schädigung oder immaterielle Unbill, welche Auswirkung eines zivilrechtlich relevanten Verhaltens oder Ereignisses ist."

reicherte bis zu einem gewissen Grad für einen "Verlust" im Vermögen des Entreicherten eintreten 130), wobei ein Kausal- oder wenigstens "Sachzusammenhang" 131) zwischen dem "zivilrechtlich relevanten Ereignis" 132) der Bereicherung und der ihr gegenüberstehenden Vermögensverminderung bestehen muss. Ich könnte mir demnach durchaus vorstellen, dass eine begrifflich saubere Abgrenzung zwischen haftpflichtrechtlichen und bereicherungsrechtlichen Ansprüchen unter Umständen auf beträchtliche Schwierigkeiten stiesse 133).

Immerhin gibt es im übrigen auch trennende Elemente, welche es erlauben, die bereicherungsrechtlichen Probleme bei den zukünftigen Betrachtungen beiseite zu lassen. Der wesentlichste Unterschied besteht wohl darin, dass sich das Augenmerk hier auf den Vermögensvorteil richtet, während dort der Nachteil 134) im Vordergrund steht 135). Damit hängt der praktische Gesichtspunkt zusammen, dass im Bereicherungsrecht die "Modalitäten" für den Geschädigten als Kläger in dem Sinn ungünstiger sind, als er die Bereicherung beweisen muss und nur in deren Umfang und sofern sie überhaupt noch

130) vTuhr I 473

131) Bucher 602; vgl. vTuhr I 473, N 4; GMK 197; OR 62 I

132) Anm. 129

133) Vgl. auch Horn 115, bei lit. a; unten B, S. 36 ("Begriffselemente" der Haftpflicht)

134) Bzw. Schaden, vgl. dazu unten B I 2 b und für Einzelheiten Kap. 2 B I

135) Oben Anm. 128; vTuhr I 472 f; Bucher 596 (a.M. in bezug auf die Bedeutung des Vermögensverlustes/Schadens/der Entreicherung für die Höhe des Bereicherungsanspruches [lit. b] entsprechend auch Hagen 868, zit. Anm. 128)

vorhanden ist, Ersatz verlangen kann 136) 137). Vor allem jedoch ist der Bereicherte kein "Schädiger" in dem Sinn, dass seine Verantwortlichkeit sich mittels einer an den Haftungstatbestand angeknüpften (also subjektiven) Beziehung herleiten lässt 138); er kann der Kausalkette "allseitig fernstehen" 139) und "haftet" dennoch. Vielmehr wird typischerweise eine Beziehung des "Geschädigten" zur Kausalkette bestehen, indem der Anlass zur ungerechtfertigten Vermögensverschiebung irgendwie bei ihm selbst liegen wird (vgl. Art. 62 Abs. 2 und 63 Abs. 1 OR). In struktureller Hinsicht 140) schliesslich fällt beim Bereicherungsrecht gegenüber dem Deliktsrecht das Erfordernis der Widerrechtlichkeit weg, gegenüber dem Vertragshaftungsrecht dasjenige der Vertragswidrigkeit und gegenüber der "Haftung für erlaubte Eingriffe" sind es noch andere Merkmale 141).

b) Vertragsrecht

Vereinfachend kann man denjenigen Teil des Vermögens als sein Schutzobjekt bezeichnen, welcher aus relativen Rechten besteht 142). In erster Linie wird dadurch die Möglichkeit

- 136) Dies wird ihm umso schwerer fallen, als die Bereicherung in einem anderen, des Beklagten, Vermögen entstanden ist, während der Beweis eines im eigenen Vermögen eingetretenen Schadens sicher leichter zu erbringen sein wird
- 137) GMK 197; vgl. vTuhr I 473 f. Dem steht der Vorteil des nicht erforderlichen Verschuldens gegenüber, Bucher 605 oben
- 138) Dazu unten B, bes. II 3 b, 4, III 4 und V 4 und 5; Kap. 2 C I
- 139) vBüren 48, vgl. Kap. 2, B III 2a a.E.; z.B. ist keine "Mitwirkung" des Bereicherten bei der Vermögensverschiebung erforderlich
- 140) Zur Struktur verschiedener Haftungsformen unten B III. Vgl. dazu auch Schaufelberger 214 ff
- 141) Unten B III 1
- 142) Präzisierung: Vertragsrecht schützt nur, aber nicht sämtliche relativen Rechte, oben (bei) Anm. 110; Oftinger I 132 bei N 31; vTuhr I 9 f

geschaffen, sich unter dem Schutz der Rechtsordnung rechtsgeschäftlich zu verpflichten, oder - wie KÄNZIG 143) sich ausdrückt - dass einzelne Private als Rechtsgenossen gegenseitig verbindliche Verhaltensnormen aufstellen 144). Davon auseinanderzuhalten ist die Vertragshaftung 145), nämlich die Schadenersatzverpflichtung, welche als Sanktion aus der Verletzung solcher (relativen) Verhaltenspflichten durch eine Vertragspartei entsteht 146). Denn relative Rechte sind dadurch gekennzeichnet, dass ihre Wirkung und damit Rechtsverbindlichkeit sich auf die Beteiligten (Vertragsparteien) beschränkt 147); insbesondere kann deren Verletzung durch Dritte keine Vertragshaftung auslösen, sondern allenfalls eine solche aus Delikt 148). In zeitlicher Hinsicht wirken sie grundsätzlich vom Eintritt der Rechtskraft an, d.h. mit dem auf Willensakt der Parteien beruhenden Vertragsschluss

143) Vgl. Känzig 87 f, 89 und 92

144) Dazu auch Bucher 26 (und ff); vgl. auch dessen Hinweis auf seine Abhandlung "Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis", Tübingen 1965 das. in N 6 und weitere Hinweise in N 7

145) Unten B, bes. III 2 (b)

146) Gemäss OR 97 ff, vgl. Deschenaux/Tercier § 33 RZ 17 f und unten B III 2 b. Vgl. dazu auch Horn 166 (ff), der im vorausgehenden Rechtsgeschäft (hier Vertrag) einen "rechtmässigen Vorgang" sieht, welcher geradezu als Voraussetzung für den sich daran anschliessenden "rechtswidrigen Zustand" (der Nicht- bzw. Schlechterfüllung) zu betrachten ist, welcher dann seinerseits zur Haftung aus Vertrag führt. Zur Vertragsverletzung als Rechtswidrigkeitsproblem vgl. auch unten B III 2 a

147) Otfinger I 132; Merz 307, 309; Deschenaux/Tercier § 1 RZ 20 ff; Bucher 30; vTuhr 9 f mit Hinweisen in N 4; Frei 25

148) Es gibt Rücksichtspflichten Dritter hinsichtlich Verträgen, welche zwischen anderen bestehen, was zweifellos ebenfalls als Neben- bzw. Aussenwirkung relativer Rechte gewertet werden muss; vgl. dazu Yung 122; Müller 68 und 71 ff; eingehend dazu auch Eulau, Verleitung zum Vertragsbruch (vgl. Literaturverzeichnis S. XX) sowie den Hinweis im Text bei Anm. 150

149); allerdings ist heutzutage kaum mehr zu verkennen, dass sie mitunter eine Art Vorwirkung entfalten können 150), wodurch sich im Endeffekt eine gewisse Annäherung zum Deliktsrecht ergibt. In vorsichtiger Formulierung ergibt sich daraus die Aussage, dass Vertragshaftung sich nach einer zwischen den Beteiligten bestehenden oder in der Entstehung begriffenen rechtlichen Sonderbeziehung richtet 151), die mit dem schädigenden Verhalten in Zusammenhang steht.

c) Deliktsrecht

Bei der Deliktshaftung fällt nun diese rechtliche Sonderbeziehung weg, oder es fehlt zumindest ein innerer Zusammenhang zwischen ihr und dem beeinträchtigten Interesse; Kennzeichen der deliktischen Haftung im Gegensatz zur vertraglichen ist somit, dass der entstandene Schaden nichts mit einer solchen Sonderbeziehung zu tun hat und also ebensogut zwischen zwei einander völlig fremden Rechtssubjekten hätte eintreten können. Eine "generelle" Widerrechtlichkeit, die ja in diesem Rechtsbereich Haftungs Voraussetzung darstellt, entspricht demnach der Verletzung einer jederzeit gegenüber jedermann bestehenden Pflicht 152).

Die Grenze zur Vertragshaftung jedoch erachte ich nach dem heutigen Stand der wissenschaftlichen Auseinandersetzung als mehr oder weniger fliessend 153).

149) OR 1

150) c.i.c., dazu unten B III 3 b

151) Deutlicher diesbezüglich Schwander 6; unklar, ja m.E. missverständlich GMK 160 (oben)

152) Kommentar Merz, N 34 zu ZGB 2; Deschenaux/Tercier § 1 RZ 20 ff und § 33 RZ 18 ff; vTuhr I 13. Dazu weiteres unten B III, bes. 2 und 3. Vgl. auch Jäggi, Persönlichkeitsschutz N 23

153) Unten B III 3 b, bes. a.E.

B. Haftpflichtrecht insbesondere

I. Begriff

1. Definition der gebräuchlichen Bedeutung

Der Ausdruck "Haftung" wird - abgesehen von seiner betriebsrechtlichen Bedeutung 1) - in äusserst vielfältigen Zusammenhängen verwendet und verstanden 2). Man haftet "vertraglich", "ausservertraglich", "kausal" oder auch "für die Zufügung immaterieller Unbill" 3).

Eine brauchbare Begriffsumschreibung hat dieser Vielfalt des Gebrauches wohl Rechnung zu tragen und muss dementsprechend weit gefasst sein.

Als Gemeinsamkeit all dieser Tatbestände 4) kristallisiert sich das Vorliegen eines Nachteils, einer Beeinträchtigung entstanden bei Dritten heraus, welche "irgendwie" mit einem

- 1) Als Rechtslage eines Vermögens, das dem Zugriff von Gläubigern ausgesetzt ist: vTuhr I 17 f; Deschenaux/Tercier 29; Desax 34
- 2) "Der Begriff der Haftung, traditionsbelastet wie wenige andere, ist gewiss vieldeutig" (Bucher in Zeitschr. "recht" 2, 1984 99); die Bezeichnungen sind "mehrdeutig" (Oftinger I 3, vgl. Deschenaux/Tercier, l.A. 29), "weitgespannt und schillernd" (Keller 28) und werden deshalb regelmässig eigens für die jeweilige Verwendungsart vorgängig definiert
- 3) Deschenaux/Tercier § 1 RZ 1 i.V.m. § 2 RZ 20 ("préjudice"); Oftinger I 3 ff und 286 ff; Desax 34. Keller (28) erachtet den Ausschluss aller Fragen betr. Verletzung von Persönlichkeitsrechten und "Schädigungen im Wirtschaftskampf" als gebräuchlich; dafür ist aber weder Begründung noch Kriterium ersichtlich. Wieder anders Keller/Landmann T. 2, allerdings mit Einschränkung (unten); vgl. nachstehend Anm. 6
- 4) Vgl. Bucher (zit. Anm. 2) 99

beim Haftpflichtigen liegenden Umstand zusammenhängt 5). In diesem weitem Sinn bedeutet Haftung "Eintretenmüssen für eine Schädigung oder immaterielle Unbill, welche Auswirkung eines zivilrechtlich relevanten Verhaltens oder Ereignisses ist" 6). Dazu muss als letztes Element eine Wertung durch die Rechtsordnung kommen, welche der neu eingetretenen Vermögenskonstellation ihre Billigung vorenthält, ja sie missbilligt 7), ein Unwerturteil fällt: diesen Tatbestand nenne ich deshalb "Unrecht" 8).

Die Haftpflicht ist somit eine Obligation, deren Entstehungsgrund in einem gesetzlich umschriebenen (Haftungstatbestand) Vorgang liegt, den man in allgemeiner Weise als "unrechtmässige Zufügung eines Nachteils" bezeichnen könnte; Haftpflichtrecht sind die darauf bezüglichen Rechtsregeln. Für die im folgenden zu behandelnden "Begriffselemente der Haftpflicht" interessiert uns nur noch der erwähnte Haftungstatbestand, in welchem die gesetzlichen Voraussetzungen jeder Haftpflicht enthalten sind.

2. Uebersicht über die Wesensmerkmale der Haftpflicht

Damit sind als rechtlich bedeutsame Voraussetzungen der Haftpflicht folgende Begriffselemente herausgearbeitet:

- 5) "Kausalität", unten (bei) Anm. 9
- 6) Keller/Landmann & 2 (unten, als "Variante"); in T. 2 f wird Haftpflicht im eigentlichen ("herrschenden") Sinn als Eintretenmüssen für ausservertraglich zugefügte Schädigungen verstanden und verschiedenen "anderen Ersatzpflichten" gegenübergestellt
- 7) Andere (bisher verwendete) Termini: "ungerechtfertigt" = "nicht schützenswert" (oben A I 3 b a.E.)
- 8) Im Gegensatz zum (in dieser Hinsicht!) rechtlich nicht relevanten "Unglück", unten V 1. Bei der Kausalhaftung entsteht aufgrund des "Unrechts" die Notwendigkeit eines "Vorteilsausgleichs", ohne dass ein Unwerturteil zu fällen wäre, unten V 4 und 5

- a) "Zusammenhang", von nun an Kausalität zu nennen 9). Das Merkmal wird weiter unten noch im einzelnen zu behandeln sein 10). Sinngemäss das Gleiche aussagen will der verschiedentlich auch verwendete 11) Ausdruck "zufügen" 12) oder auch "schädigen" 13), womit der enge sachliche Zusammenhang mit dem zweiten Element "Nachteil" plastisch zum Ausdruck kommt; diese Zusammengehörigkeit ist angesprochen, wenn weiter unten die Titelbezeichnung "Nachteil und dessen Entstehung" verwendet wird 14).
- b) "Nachteil" (Beeinträchtigung): der Begriff kann - zumindest für die hier verfolgten Zwecke - mit dem gleichgesetzt werden, was im französischen Sprachgebrauch *préjudice* genannt wird 15) und sowohl Schaden, als auch immateriell-
- 9) Bzw. "Kausalzusammenhang"; der Ausdruck passt, auch nach herkömmlicher Terminologie, auf alle Haftungsformen (vgl. unten III), wenn man die - ohnehin zweifelhafte - "Haftung für ungerechtfertigte Bereicherung" weglässt, vgl. oben A IV 2 a (wo besser von "Sachzusammenhang" gesprochen wird)
- 10) Kap. 2, B II
- 11) OR 41 I; LFG 64 I; Keller 90. Vgl. dazu im einzelnen Gmür Roland 13 ff
- 12) Oder "verursachen", OR 54 I; ZGB 333 I; OR 55 I; OR 58 I; EIG 27 I; EHG 1 I; JVG 13 I; SVG 58 I; AtG 12 I; RLG 33 I; SSG 27 I; oder wieder anders: OR 56 I "anrichten", usw.
- 13) ZGB 679: "schädigen" vgl. Kap. 2 A I
- 14) Unten IV
- 15) Deschenaux/Tercier § 3. *Pré-judice* bedeutet eigentlich geradezu "Urteilsvoraussetzung", womit die Unabdingbarkeit dieses Merkmals auch sprachlich dokumentiert ist

le Unbill (tort moral) umfasst 16).

- c) "Unrecht": gleichzeitig der eigentliche Rechtsgrund einer Haftung, nämlich der "Haftungsgrund" im rechtspolitischen Sinn, welcher die gesetzgeberische Rechtfertigung der Schadensüberwälzung auf ein anderes Rechtssubjekt abgegeben hat, als auch dessen Ausdruck, nämlich gewissermassen seine sprachliche Uebertragung im Gesetz in Form von rechtlichen Kriterien, mittels derer eine Begrenzung der Haftung auf einige wenige, wertungsmässig bestimmte Tatbestände von Schadenszufügung erreicht werden soll (Haftungstatbestände). Der Begriff der Zurechnung - nämlich die Feststellung des "Unrechts" - weist die Besonderheit auf, dass seine Unterbegriffe 17) variabel sind, woraus sich die strukturelle Verschiedenheit der einzelnen Haftungsformen ergibt, während die "Nachteilszufügung" bzw. Nachteilsentstehung bei allen Erscheinungsformen der Haftpflicht aus den so ziemlich feststehenden Begriffen "Schaden" (bzw. immaterielle Unbill) und "Kausalität" besteht. Eingehendere Behandlung erfährt dieser Problemkreis weiter unten unter Ziff. V.
- 16) Zu beiden, insbesondere zum Begriff des Schadens, im einzelnen unten Kap. 2 B I. Nebenbei bemerkt: OR 59 fällt in dieser Beziehung (systematisch) zweifellos etwas aus dem Rahmen, weil er keinen Nachteil (im haftpflichtrechtlichen Sinn) voraussetzt; ein "haftpflichtrechtliches Interesse" an einem Unterlassungsanspruch kann es nicht geben, da jede haftpflichtrechtliche Sanktion (begriffsnotwendig) das Bestehen des Nachteils voraussetzt (unten IV und dortige Verweisungen). Daraus folgt übrigens eine substantielle Verminderung der Möglichkeit, dem Haftpflichtrecht alle möglichen Lenkungenfunktionen aufbürden zu können (unten II 5; vgl. auch Stark RZ 1-3)
- 17) Gewissermassen die rechtlichen Elemente des haftpflichtrechtlichen Instrumentariums (unten VI): Vertragswidrigkeit, Widerrechtlichkeit, Verschulden und "subjektive Beziehung" (zu einem Kausalhaftungs-Tatbestand), vgl. dazu auch unten V, insbes. 2 a.E.

II. Haftpflichtrecht als privatrechtlicher Vermögensschutz

Es scheint mir einem Gebot der intellektuellen Redlichkeit zu entsprechen, auf die nachfolgend dargestellte Diskussion hinzuweisen und diesbezüglich selbst Stellung zu beziehen. Wer sich in grundsätzlicher Art und Weise mit haftpflichtrechtlichen Problemen auseinandersetzen will - und das versuchen wir hier zu tun -, wird früher oder später ehrlicherweise kaum darum herumkommen, sich zu einer privatrechtlichen Betrachtungsweise zu bekennen, in der Argumentation privatrechtliche Gesichtspunkte in den Vordergrund zu stellen und insbesondere auch für die eigentlichen Haftungsgründe privatrechtliche Grundsätze als massgebend anzuerkennen. Diese Folgerung ergibt sich aus der ursprünglichen Verwurzelung des Haftpflichtrechts im OR als Teil unseres Privatrechtssystems 18). Wer dies aufgrund legitim erarbeiteter Ueberzeugung ablehnt, sollte demgegenüber bereits an diesem Punkt ansetzen und gleichsam zur Forderung übergehen, sämtliche Schadenausgleichregeln ins öffentliche Recht zu überführen 19). Es liegt auf der Hand, dass man davor zurückscheut, eine derart einschneidende Konsequenz von heute auf morgen offen zu ziehen, wobei eindeutig die Versuchung besteht, ihre Ziele gleichsam portionenweise durch die Hintertüre hereinzuschmuggeln. Auf entsprechende Tendenzen möchte ich hier hinweisen.

Zu orientieren hat man sich am Gedanken der *justitia commutativa*, der ausgleichenden Gerechtigkeit, welcher das gesamte Pri-

18) Oben A I 1

19) Wer diese Konsequenz nicht gelten lassen will, setzt sich m.E. dem berechtigten Vorwurf aus, die Probleme "in haftpflichtrechtlicher Vermummung" anzuschleichen (Widmer, Standortbestimmung 330). Der Titel dieses Postulates ist "soziale Solidarität", Oftinger, Schriften 305 f (=Recueil 120); vgl. unten Anm. 24 m.w.H. sowie unten 2, bes. a, und Serozan, bes. 483 ff

vaterecht beherrscht 20); ich bin nachhaltig zur Ueberzeugung gelangt, dass er nicht nur der Verschuldenshaftung, sondern nach wie vor auch den Kausalhaftungen aller Schattierungen als Grundlage dienen kann. Sollte er eines Tages mit einer nicht mehr kontrollierbaren Zunahme von Risiken und Gefährdungen 21) versagen, so könnte das Privatrecht eben seine Aufgaben in diesem Bereich nicht mehr erfüllen 21a).

1. Haftpflichtrecht und generelle Versicherungslösung

Es fehlt nicht an Stimmen, welche in haftpflichtrechtlichen Belangen eine mehr oder weniger weitgehende "Sozialisierung" anzustreben scheinen. So geht etwa ANDRE TUNC 22) so weit zu fordern: "all accidental damage should receive compensation". In letzter Konsequenz läuft eine derartige Tendenz 23) mehr oder weniger offen auf die Ersetzung unseres (privaten) Haftpflichtrechts durch eine umfassende (Sozial-) Versicherungslösung hinaus, die bei uns in Teilbereichen ja auch schon verwirklicht ist 24). Der Grundgedanke ist offenbar

- 20) Vgl. etwa Berner Kommentar Liver, Allgemeine Einleitung, bes. N 109 ff, aber auch N 99 ff; ferner Widmer, Standortbestimmung 313 (insbes. N 56), und ders. Gefahrensatz 292 f
- 21) Kein (modernes) Lehrbuch über Haftpflichtrecht ohne diesen "schon fast rituellen Hinweis" (Widmer, Gefahrensatz 292) auf den Zusammenhang zwischen technischem Fortschritt und Zunahme von Unfällen (also "Schäden"), sowohl hinsichtlich deren Schwere, als auch Häufigkeit, vgl. statt vieler Oftinger I 11 ff m.w.H.; ferner auch Strickler 1 ff, Serozan 447 f und Max Keller in FS Oftinger, Zürich 1969, S. 111 ff
- 21a) Vgl. Yung 100 ff
- 22) Zit. bei Oftinger I § 1 N 134 (und das. N 1)
- 23) Vgl. Oftinger I 37 f; bes. bei N 134
- 24) Vgl. oben A III 1 und dortige Hinweise, insbes. Anm. 86. Hinsichtlich des Strassenverkehrsrechts beispielsweise ist m.E. zu differenzieren: die generell obligatorische Haftpflichtversicherungs-Regelung trägt privatrechtliche Züge, soweit und insofern sie den Rückgriff auf einen Verantwortlichen vorsieht (vgl. Widmer, Gefahrensatz 323), öffentlichrechtliche jedoch, wenn ihr Hauptzweck darin besteht, dem Geschädigten (zulasten der Öffentlichkeit) das Risiko für die Uneinbringlichkeit seiner Schadenersatzforderung abzunehmen; vgl. auch Yung 142 ff

der, dass "Schäden" 25) von der Gesellschaft übernommen und, ähnlich wie Steuern, nach Massgabe der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit auf den Einzelnen verteilt werden 26) 27).

Damit verlöre das Schadenersatzrecht die charakteristischen Züge privaten Rechts und würde alle (heutzutage nachgerade bekannten) "Symptome" einer eigentlichen Durchsetzung mit typischen Grundgedanken des öffentlichen Rechts zeigen 28).

- 25) Begriffsbestimmung im Kap. 2 B I, bes. 3: im wesentlichen "Vermögenseinbusse"; im hier angesprochenen Zusammenhang dürfte sie sich als zu weit herausstellen und müsste allenfalls auf "Unfallschäden" oder auf "Sach- und Personenschäden" begrenzt werden. Daraus ergäbe sich eine Reihe weiterer Probleme
- 26) Widmer, Notizen 201 ("pulverisiert"); vgl. Oftinger I 38 ff; ders. Schriften 264 ff
- 27) Diese etwas vage grundlegende Vorstellung wurde in verschiedenen Studien vertieft behandelt und weiterentwickelt. Ich muss mich in diesem Zusammenhang damit begnügen, auf die Bemerkungen Oftingers (I, S. 40 f) und insbesondere auf dessen dortige (vgl. N 142 und 143) Hinweise zu bereits überaus reichen einschlägigen Literatur zu verweisen; besonders hervorgehoben zu werden verdienen die folgenden beiden eingehenden Darstellungen aus Deutschland und Oesterreich: Leo Weyers, Unfallschäden, Praxis und Ziele von Haftpflicht- und Versorgungssystemen, Frankfurt a.M. 1971, sowie Bernd Schilcher, Theorie der sozialen Schadensverteilung, Berlin 1977. Valentin Landmann ("No-fault - Begriff und Systeme") zeigt einschlägige Entwicklungen in anderen Staaten auf und gibt einen Abriss über die Situation in neuerer Zeit
- 28) Widmer (Gefahrensatz 293) spricht plastisch von den "heranrollenden Wellen des öffentlichen Rechts". Diese Tendenz kann nicht a priori als negativ qualifiziert werden; aber meine Arbeit befasst sich mit der lex lata, die noch auf dem Boden des Privatrechts steht. Persönlich sehe ich darin mehr Vor- als Nachteile, weshalb ich mich eben auch dazu bekenne. Ich stimme Widmer zu, wenn er sagt: "Derartige Exzesse der Objektivierung (welche eben "auf kaltem Weg" in dieselbe Richtung führen) lassen sich weder sozial noch ethisch rechtfertigen; sie bedeuten nichts weniger als die Kapitulation des Rechts vor der totalen Versorgung" und (nach Hinweis auf die "Grenzen des Verantwortlichkeitsrechts") "ob und in welchem Masse jenseits dieser Grenzen Sozialversiche-

Die Frage der (letztlichen) Schadenstragung wäre dann nämlich nicht mehr als Auseinandersetzung zwischen Privaten, nämlich dem Schädiger und dem Geschädigten auszutragen 29). Damit besteht die Gefahr, dass offen, aber insbesondere auch - worauf wohl besonders acht zu geben ist - in "haftpflichtrechtlicher Vermummung", einer Urdomäne des Privatrechts der Boden entzogen und diese dem öffentlichen Recht einverleibt wird.

2. Grundsätzliche Grundhaltungen in der Schweiz

Wer sich derartigen Neigungen bereits *de lege lata* hingibt, läuft Gefahr, dem privaten Verantwortlichkeitsrecht auf kaltem Weg die gedanklichen Grundlagen zu entziehen. Diese Folge wird vielfach auch erkannt, ja mitunter bewusst in Kauf genommen. Ich möchte dies anhand einer Gegenüberstellung gewisser Aussagen KARL OFTINGERS einerseits und PIERRE WIDMERS andererseits illustrieren und belegen.

a) Der Standpunkt Oftingers

Im Zusammenhang mit der Objektivierung des Fahrlässigkeitsbegriffs führt Oftinger aus:

"Verschuldenshaftung und Kausalhaftung überschneiden sich infolgedessen in einem gewissen Masse, ein angesichts der subjektiv orientierten Tradition des Verschuldensbegriffs überraschendes Resultat, (...)

rungsschutz gewährt werden soll, ist dann eine Frage der Wohlfahrtspolitik und wohl auch der Staatsfinanzen, nicht mehr des Haftpflichtrechts" (Widmer, Notizen 206 und 215). Vgl. demgegenüber die Vorschläge Max Kellers in FS Oftinger, Zürich 1969, 111 ff m.w.H. Zu den Nachteilen vgl. auch Strickler, bes. 85 ff, der sie ebenfalls als überwiegend ansieht (Bürokratisierung, Ineffizienz, Verlust an Steuerungsfunktion); Leser 574; Stark, ZSR 372 ff (gleich SVZ 230 ff); Yung 142 ff

- 29) Was ein Versicherungssystem nicht ausschliesst, jedoch in diesem Rahmen ein ausgeklügeltes Regresssystem bedingt, vgl. Widmer, Gefahrensatz (293 und) 323, sowie oben, Anm. 24 m.w.H. und das Zit. Keller in der vorangehenden Anm. 28 a.E.; Kramer, ZSR 102 (1983) I 274 ("Funktionsverlust des priv. Haftpflichtrechts")

Dass durch dieses Resultat das ethische Moment im Schadenersatzrecht insofern in den Hintergrund gedrängt wird, ist zuzugeben. Doch ist daran zu erinnern, dass das moderne Haftpflichtrecht nicht vorab auf Verantwortlichmachung, auf Sanktion ausgerichtet ist, als vielmehr auf das Ziel der Schadensdeckung. Auch dies ist ein ethisches Moment." 30)

Oftinger sieht in der geschilderten Rechtssituation, wie auch in der Einführung und Vermehrung von Kausal- bzw. Gefährdungshaftungen einen Durchbruch des "sozialen Gedankens im Schadenersatzrecht" 31). Darin setzt er sich in Widerspruch zur Auffassung Widmers, der ihm auch verschiedentlich recht klar entgegentritt 32).

b) Der liberale Ansatz Widmers

Widmer assoziiert mit Schadenersatzrecht folgende Schlagworte, auf deren wesentlichen Inhalt noch kurz einzugehen sein wird 33): Abgrenzung von Verantwortlichkeits- und Risikobereichen gegeneinander, (privatrechtliche) Interessenabwägung 34) vor dem Hintergrund einer deutlich liberalen Grundhaltung, womit auch die Rückbesinnung auf die Werte

30) Oftinger I 145

31) Vgl. seinen so betitelten Aufsatz in SJZ 39 (1943) 545 ff (548) und 561 ff sowie seine kurze Notiz "100 Jahre Gefährdungshaftung in der Schweiz", SJZ 91 (1975) 215 f (mit einem deutlichen Stachel gegen Pierre Widmer); ferner ders., Schriften, 298 ff, 305 f m.w.H. (=Recueil 114 ff) und das. 256 ff, bes. 266

32) Widmer, Literaturanzeige (ZBJV 112, 1976) 393; Notizen 203 (vgl. dortige N 2); Standortbestimmung 310 f und (indirekt, wenn man bedenkt, dass Oftinger zu den Schöpfern des Art. 36 GSG gehört, vgl. "Haftpflicht für Gewässerverunreinigung", SJZ 68, 1972, S. 101 ff, und FS Larenz, München 1973, 961 ff) Standortbestimmung 321 ff

33) Unten V 3

34) Namentlich geht es um Aktivitäts- gegen Integritätsinteresse, vgl. oben A, Anm. 17 und 42 sowie im einzelnen unten 3 c aa

Freiheit, Menschenwürde und individuelle Verantwortung etwas zu tun hat 35).

In OFTINGERS Grundhaltung möchte ich nun folgenden, m.E. entscheidenden Schwachpunkt hervorheben: Erblickt man im Verschulden die rechtspolitische Legitimierung der Haftbarkeit, also einen Haftungsgrund 36), so kann man bei der Kausalhaftung dieses Erfordernis nicht einfach ersatzlos streichen 37), sonst erhält man hier ein Rechtsinstitut ohne innere Rechtfertigung, das auf keiner normativen Wertung des Gesetzgebers mehr beruht. Der "soziale Gedanke" genügt da als Ersatz allein nicht, denn sonst könnte ja - pointiert ausgedrückt - einfach die Parole "richesse oblige" 38) gelten. Das Privatrecht könnte abdanken, denn es bedarf wertender Massstäbe, die nicht einem "distributiven", sondern vielmehr dem "kommutativen" Grundgedanken entspringen. Jener beruht mehr auf Tragbarkeits- denn auf Interessenabwägung. Im Extremfall könnte Haftpflichtrecht auf den Satz reduziert werden: "Wo und soweit es der Billigkeit entspricht, kann derjenige, welcher einen Schaden erleidet, jemanden (oder meh-

35) So etwa folgende Passagen: Widmer, Gefahrensatz 393 f, 320, 322 f; Standortbestimmung 312 f, 327 ff; Literaturanzeige (zit. Anm. 32) 393 und Notizen 201, 203 f; vgl. auch das. S. 206 das wörtlich zitierte Diskussionsvotum Hermann Weitnauers: "Die bisherige Diskussion stellt immer deutlicher die Frage nach der Rolle des Zivilrechts. Falls es Aufgabe des Zivilrechts ist, einen vollkommenen sozialen Schutz zu bieten, dann wird man sich ohne weiteres Herrn Tunc anschliessen können. Glaubt man aber wie der Votant, das Zivilrecht habe die Aufgabe, Verantwortlichkeitsbereiche abzugrenzen, und erfülle diese Aufgabe nach den Gesichtspunkten des Verschuldens und der Gefährdungshaftung im wesentlichen sachgerecht, dann muss man wohl zu anderen Ergebnissen kommen."

36) Oftinger I 14 f; vgl. dazu auch unten V 1 und 4

37) Oftinger I 16

38) Widmer, Standortbestimmung 315. Vgl. auch Guinand, bes. 404 ff: Billigkeit genügt als Zurechnungskriterium im Fall der Haftung Urteilsunfähiger gestützt auf OR 54; Tercier, fondements 15 ff

rere?) auf Ersatz belangen" 39).

Diesem (privatrechtlichen) Absurdum steht das Bestreben gegenüber, die Sanktion der Haftpflicht "begründetermassen" Platz greifen zu lassen 40).

3. Einige kritische Gedanken zur vorherrschenden Haftpflichtrechts-Dogmatik

a) Verschuldensdogma

Im Verlauf meiner Studien bin ich zur Auffassung gelangt, dass in der heutigen haftpflichtrechtlichen Dogmatik einige Denkansätze zumindest neu überprüft werden müssten 41). An erster Stelle dürfte die Ueberschätzung der Bedeutung des Verschuldens"dogmas" 42) stehen. Damit einher geht das sogenannte Analogieverbot, welches auf der These beruht, das Verschulden stelle den einzig denkbaren universellen und damit in einer Generalklausel fassbaren Haftungsgrund dar 43). Die gesetztechnische Folge davon ist eine Zersplitterung - vor allem des Kausalhaftungsrechts - in ungezählte Spezialgesetze und - damit verbunden - eine nicht zu rechtfertigende und oft kritisierte Uneinheitlichkeit des Haftpflichtrechts und dessen gesetzlichen Systems 44). Man darf nicht

39) Widmer, Standortbestimmung 317

40) Oftinger, Notiz (SJZ 71, 1975) 216; vgl. dazu auch Widmer, Literaturanzeige (zit. Anm. 32) 393; unten V 1

41) Durchaus in Beherzigung der Mahnung Oftingers (I 10), nicht unnötigerweise an den Grundlagen zu rütteln

42) Unten V 4

43) So etwa Keller/Landmann T. 6; vgl. Widmer, Standortbestimmung 294 ff (m.w.H.); vBüren 240. Vgl. auch die Anmerkungen unten V 4 a.A.

44) Tercier, fondements 27; Stark RZ 961, ders. ZSR 365 ff = SVZ 225 ff; Strickler 44 ff, alle m.w.H. Vgl. auch die bekannten Referate von Stark und Gilliard in ZSR 86 (1967) II 1 ff, 193 ff. Widmer spricht von "patch work" (Standortbestimmung 301); vgl. Widmer, Gefahrensatz 295, ferner Kramer in ZSR 102 (1983) I 263 ("Die Lebenskraft des schweizerischen OR") und dortige Hinweise; vgl. zu alldem auch Strickler 44 ff und 95 (ff)

vergessen, dass es zumindest ein gemeinsames Element und Merkmal aller Haftungen geben muss: ihr rechtspolitischer Ursprung, gleichzeitig Grund und Zweck ihres Bestehens.

b) Zurechnung bei Kausalhaftungen

Jede Vernachlässigung oder Negation dieses Gedankens führt m.E. auf geradem Weg zu Irrtümern bei der gedanklichen Behandlung von Kausalhaftungen hinsichtlich ihrer ideellen Grundlagen. Auch die Kausalhaftung benötigt einen Haftungsgrund 45). Im Verlauf meiner Arbeit möchte ich unter anderem auch aufzeigen, dass anhand des Kausalitätskriteriums 46) überhaupt keine klar, eindeutig und präzise begründete Zurechnung von Schaden zuwege zu bringen ist. Kausalität gehört nach dem hier vertretenen Konzept zu den haftungsauslösenden Faktoren, welche den Sachverhalt betreffen 47). Zurechnung dagegen ist Haftungsbegrenzung, rechtliche Wertung der haftungsauslösenden tatsächlichen Faktoren zum Zweck der Ermittlung von Schadenszurechnungsgründen (Haftungsgründen) 48), die eine Schadensabwälzung nach dem Gesetz gerechtfertigt erscheinen lassen. Es dürfte leicht zu sehen sein, dass die Erforderlichkeit eines Haftungsgrundes die haftpflichtrechtlich relevanten Tatbestände dezimieren wird, so dass darin die verschiedentlich geforderte 49) und in der Tat unerlässliche Begrenzung der Haftpflicht liegt, sowohl in sachlicher, wie in persönlicher Hinsicht. Wahrgenommen wird diese Begrenzungsfunktion deshalb eben im Rahmen des erwähnten normativen Zurechnungsvorganges, der die Schadensüberwälzung auf einen Dritten überhaupt legitimieren soll. Die (tatsäch-

45) Oben bei Anm. 36

46) Abstellen auf die Verursachung und insb. auf die "Adäquanz" der Ursachen; vgl. z.B. Strickler, 5 unten

47) Vgl. unten IV m.w. Verweisungen

48) Vgl. unten V m.w. Verweisungen

49) Vgl. Oftinger I 47 und 65 N 52 sowie unten V, bes. 3 d, sowie Anm. 169, 185 f und 190

lichen) haftungsauslösenden Faktoren können nicht gleichzeitig auch zur Haftungsbegrenzung herangezogen werden.

c) Grundlegende Interessenabwägung zur rechtspolitischen Wertung

aa) Aktivitäts- gegen Integritätsinteressen

Was bestimmt nun in erster Linie diese Zurechnung?

Selbstverständlich der Ausgangs- und Angelpunkt allen juristischen Denkens im Privatrecht, die Abwägung privater Interessen. Ich habe bereits darauf hingewiesen, dass die im Haftpflichtrecht erscheinenden Interessen sich als "Aktivitätsinteresse" gegen "Integritätsinteresse" bezeichnen lassen 50). Dies versteht sich ohne weiteres, indem "Schadenersatz" ja schon begrifflich auf bestmögliche Wiederherstellung eines tangierten Interesses hinzielt. Die sich daraus ergebende (rechtliche) Verantwortlichkeit beeinträchtigt auf der anderen Seite regelmässig Entfaltungsmöglichkeiten von "Aktivitäten" eines potentiellen Schädigers 51).

bb) Zustands- und Verhaltenshaftung

Im angesprochenen Beziehungsfeld ist auf einen weiteren, m.E. irreführenden Denkansatz hinzuweisen. Wenn im Zusammenhang mit sogenannt gewöhnlichen oder milden Kausalhaftungen von "vorausgesetzten Sorgfaltspflichtverletzungen" die Rede ist 52), so muss ich darauf schliessen, dass man in diesem Bereich nicht mehr von der aus dem Gebiet der Ver-

50) Widmer, vgl. oben A, Anm. 17, 47 und B, Anm. 34

51) Bullinger, verfassungsrechtliche Aspekte der Haftung, FS vCaemmerer z. 70. Geburtstag, Tübingen 1978, S. 301 f; Strickler 43 f; vCaemmerer, Schriften I 397 oben

52) Vgl. dazu Oftinger II 1, 1 - 5; sowie die Bemerkungen Widmers, Standortbestimmung 295, 307 ff

schuldenshaftung stammenden Vorstellung einer Verhaltenshaftung loskommt 53). Wenn auch der Uebergang von Verschuldenshaftung zur Kausalhaftung nicht allzu scharf gesehen werden darf 54), so ist doch jene im wesentlichen Verhaltens-, diese mehr Zustandshaftung 55). Hier hat fehlbares Verhalten, dort ein vorbestehender gefahrvoller Zustand zu Schädigungen geführt. Abstrakt kann man einen qualitativen Unterschied auch in der Interessenabwägung, der rechtspolitischen Wertung sehen, indem hier der Gesichtspunkt des Unwerturteils, da derjenige des Vorteilsausgleichs mehr in den Vordergrund rückt 56). Für eine "Gefährdungs"haftung reicht natürlich nicht irgendein Gefahrenzustand aus, sondern es braucht eine besondere Gefährdung, welche vom Gesetzgeber bestimmt und im Gesetz umschrieben werden muss; man kann sie somit auch als "qualifiziertes Risiko" 57) oder "Schädigungspotential" 58) bezeichnen. Die Haftung wird desto "schärfer", je gefährlicher der Zustand nach Häufigkeit oder Schwere von Schäden 59) durch den Gesetzgeber beurteilt wird. Denn mit der Zunahme dieser objektiven Gefährlichkeit nimmt die Möglichkeit ab, mittels schadensverhütender Vorsichtsmassnahmen

- 53) Otfinger I 16 ff; m.E. anders, aber überzeugender ders. 19 f und 85 f; Deschenaux/Tercier § 2 RZ 24; bezeichnend auch Homberger 30a, wo vom Fehlverhalten einer Eisenbahn die Rede zu sein scheint, dem wohl kaum sehr viel Sinn abzugewinnen ist, vgl. dazu Känzig 127 f; angesprochen ist damit das Problem der Widerrechtlichkeit im Bereich der Kausalhaftungen, dazu unten VI a.A. und Kap. 3, 1. Abschn. B II Anm. 77; vgl. auch vCaemmerer I 551
- 54) Unten 4 a.E.; Stark, Grundeigentümerhaftung 168
- 55) Widmer, Standortbestimmung 308 f und 312 f, vgl. auch 316
- 56) Unten III 1, V 4 und 5
- 57) Widmer, Standortbestimmung 299 und 316; vgl. auch ders., fonction, 417 und 425 f ("risque qualifié"); Strickler 3, 149 ff; Stark, Probleme 159 ff; unten Anm. 62, 70
- 58) In Anlehnung an die Terminologie Otfingers und vBürens, unten V 5, vgl. Kap. 2, C I 3
- 59) Stark RZ 956; vgl. Otfinger I 20 ff; Keller/Landmann T. 159; Stark, Probleme 163 ff. Otfinger, Gefährdung 3 f

ins Geschehen eingreifen zu können (Voraussehbarkeit und Vermeidbarkeit) 60). Mit zunehmender Bedeutung eines schützenswerten Aktivitätsinteresses bedarf das ihm gegenüberstehende Integritätsinteresse eines umso weitergehenden Rechtsschutzes, je unvermeidlicher die es bedrohenden Gefahren werden; nicht mehr der - jenseits des Verschuldens liegende - Zufall bedroht den Vermögensträger 61), sondern mehr und mehr die darüberhinaus geschaffenen, besonderen Gefahrenzustände 62). In dieser Sachlage liegt eine Steigerung, welcher dadurch Rechnung getragen wird, dass die Beweislast bezüglich Fehlverhalten zuerst umgekehrt, dann zusehends auf bestimmte Umstände beschränkt und schliesslich eine Exkulpation ganz ausgeschlossen wird 63).

4. Risiko als genereller Ansatz jeder privaten Haftung

Es dürfte bereits erkennbar geworden sein, dass ich eher den Auffassungen WIDMERS zuneige. Die unserem System der Kausalhaftung zugrundeliegende Idee erscheint mir nicht primär als Ausdruck von Bestrebungen zur "Korrektur eines blind waltenden Schicksals" 64) im Sinne einer Bewahrung wirt-

60) Was eben Verschulden wäre, vgl. Kap. 2, C I 2 e bb

61) Was ein "Unglück" wäre, vgl. unten V 1: dieses Risiko liegt bei ihm selbst - casum sentit dominus - und erscheint gemäss anerkannten privatrechtlichen "Rahmenbedingungen" auch zumutbar, dazu unten V 3

62) Vgl. Keller 32 und (insbes. auch) 35; Oftinger I 20 ff, vgl. auch Oftinger II 1 95 ff; Widmer, Gefahrensatz 300 f. "Qualifiziert" bedeutet demnach hier "gesetzlich erfasst" bzw. "normiert" und erlaubt trotz Gefährlichkeit

63) Deschenaux/Tercier 46 f. Den sog. "gewöhnlichen" oder "milden" Kausalhaftungen liegt der Gedanke zugrunde, dass eine menschliche Einflussnahme auf den gefährlichen Zustand noch möglich, zumutbar und wünschbar ist (Voraussehbarkeit und Vermeidbarkeit), deshalb die Exkulpationsmöglichkeit; vgl. auch Burckhardt (ZSR 520)

64) Oftinger I 37 (vgl. dazu auch die nachfolgende S. 38).
Aehnlich Homberger 4a ff

schaftlich Schwacher vor schweren und für sie kaum tragbaren Einbussen lediglich aus sozialpolitischen Gründen 65). Zu diesem Zweck sind nämlich eigentlich unsere Sozialwerke geschaffen worden 66), welche richtigerweise unabhängig von den Ursachen der anvisierten Notlagen zum Tragen kommen sollten 67).

Vielmehr scheint im Ursprung der nicht nur Billigkeitserwägungen entspringende, sondern durchaus einer Generalisierung fähige Gedanke zu stehen, dass wirtschaftliche Folgen von Risiken eben derjenige tragen soll, der sie "gesetzt" hat und somit in einer gewissen Hinsicht als dafür verantwortlich erscheint 68). Risiko ist die mehr oder weniger naheliegende (intensive) Möglichkeit einer Verwirklichung von Gefahren, welche die Rechtsordnung unter Umständen - nämlich wenn sie auf der anderen Seite erwiesenermassen auch einen gewissen Nutzen mit sich bringen - in Kauf nimmt, duldet, ja mitunter gar ausdrücklich erlaubt.

Hier dürfte nun der vielbeschworene 69) generelle Gesichtspunkt aller Haftungen liegen: im Mittelpunkt steht das

65) Oftinger, SJZ 39 (1943) 545 ff ("Der soziale Gedanke im Haftpflichtrecht"), bes. 548 sowie die oben unter Ziff. 1 und 2 a zit. Literatur

66) Vgl. oben A III 1 (bei Anm. 86)

67) So auch Stark, ZSR 371 f (= SVZ 230)

68) Vgl. dazu auch etwa Horn 158 ff; vCaemmerer, Schriften III 249; unten V 5

69) Oftinger I 16 N 45, 34, 36 (unten) f; GMK 162; Stark RZ 961; ders., ZSR 378; Strickler, bes. 94 ff; vgl. unten V 5; Widmer ist im Verlauf der gesamten "Standortbestimmung" auf seiner Suche, vgl. bes. 295 N 17, 308 und 311 ff. Nebenbei kann auf haftpflichtrechtliche Vereinheitsbestrebungen hingewiesen werden (zT. mit dem Vorschlag, die Grundsätze bei OR 41 ff zu verankern): Oftinger I 3 f (und dortige Hinweise auf die bereits in Anm. 44 zit. Referate von Stark und Gilliard); Châtelain 212; Strickler (2. Teil) 42 ff

R i s i k o 70). Seine Verwirklichung kann zu Schadenersatzpflicht führen, wenn es - im Hinblick auf eine ihm gegenüberstehende und von der Rechtsordnung anerkannte soziale Nützlichkeit - "erlaubt" 71) ist 72) oder wenn es mangels eines solchen Nutzens bereits zum vornherein von der Rechtsordnung missbilligt wird und damit grundsätzlich eben schon als Risiko (Schadenspotential) zu vermeiden gewesen wäre 72a). So relativieren sich die Gegensätze zwischen Verschuldens- und Kausalhaftung beträchtlich 73). Durchaus mit Zustimmung OFTINGERS führt LARENZ 74) aus, "die Anwendung des objektiven und typisierten Verschuldensmassstabes" führe gegebenenfalls "zu einer Risikohaftung", und zwar für den Mangel der eigenen Leistungsfähigkeit". Demgegenüber kommt HANS GIGER 75) zum Schluss, dass auch im Prinzip der Kausalhaftung regelmässig ein Verschuldensvorwurf enthalten ist, etwas vor-

70) Jedem Schaden geht ja im Grunde genommen eine gewisse Phase der Gefährdung voraus, jeder Schaden ist die Verwirklichung eines bereits vor ihm bestehenden Risikos von mehr oder weniger grosser Intensität; Widmer, fonction 417; vgl. Perrig, Kausalität 294 ff; Tercier, fondements 12 f; Stark, ZSR 374 f (= SVZ 232 f)

71) Im Gegensatz zur Verwirklichung ist das Bestehen eines Risikos somit nicht widerrechtlich, Homberger 16a; Stark, ZSR 86 (1967) II 164 N 19; Strickler 3 sowie die weiteren Verweisungen oben in Anm. 53

72) Dazu unten V 5 m.w.H.; vCaemmerer, Schriften I 468 und Bullinger, zit. Anm. 51, S. 301 ff

72a) Stark, Probleme 108 (unten) f (zit. Kap. 2, C Anm. 116). Vgl. Bürgi 21

73) Vgl. auch Oftinger I 35 und 145; vCaemmerer, Schriften III 247; Widmer, Gefahrensatz 304 f, 306 f; Giger 373; Stark Grundeigentümerhaftung 168 ff, 170 (N 124). Bezüglich "Abgrenzungen" im allgemeinen verweise ich auf unten VII (Mittelteil); vgl. auch (neustens) Widmer, recht 4(1986) 50 ff, bes. 55 f

74) Zit. bei Oftinger I 145, N 30 (Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts I, 10. Aufl. 1970/72, § 20 III)

75) Giger 372 ff, bes. 375. Unwillkürlich denkt der Haftpflichtrechtler in diesem Zusammenhang an das berühmte Bayrische Eisenbahnurteil von 1861, gemäss welchem "der Betrieb einer Eisenbahn durch Locomotiven nothwendig und unzertrennlich eine culpose Handlungsweise" mit sich führe... (Seuffert's Archiv 14 [1861] Nr. 208, S. 354 ff), vgl. dazu auch unten V 5, bes. Anm. 225

verlagert zwar 76), weil er bereits in der bewussten Schaffung eines Risikos liegt und nicht erst in dessen Verwirklichung wie bei der Verschuldenshaftung.

Art. 55 OR verlangt "nach den Umständen gebotene Sorgfalt", entsprechend der Legaldefinition des Fahrlässigkeitsbegriffes in Art. 18 StGB; dass es dabei - mit umgekehrter Beweislast - um reines Verschulden geht, illustriert trefflich der zur Veröffentlichung bestimmte BGE vom 9. Oktober 1984 77), wo eingehend die Elemente Voraussehbarkeit, Vermeidbarkeit und Zumutbarkeit gewertet werden.

Vielleicht unterscheiden sich Verschuldens- und Kausalhaftung im Grunde darin, dass in diesem System für die Verwirklichung geduldeten, weil nützlicher Risiken gehaftet wird, während jenes darauf beruht, dass nutzlose Risiken von vornherein vermieden werden sollten und aus diesem Grund ihre Verwirklichung haftbar macht. Selbstverständlich gibt es Zwischenformen. Wenn allerdings Schäden grobfahrlässig oder gar vorsätzlich verursacht werden, so passt diese Konzeption nicht mehr so ganz, aber derartige Fälle sind ja schadenersatzrechtlich ohnehin eindeutig. Man könnte hier gleichsam drei Stufen der Verantwortlichkeit erkennen: die reine subjektive Verschuldenshaftung, die Haftung für unerlaubte, weil nutzlose Risiken und diejenige für qualifizierte erlaubte, nützliche Risiken.

- 76) So auch Oftinger II 1, 1-5 ("vorausgesetzte Sorgfaltspflichtverletzung", vgl. oben Anm. 52); für die Gefährdungshaftungen ("scharfe" Kausalhaftungen) gilt dies in noch ausgeprägterem Masse (oben Anm. 75). Vgl. zu alledem auch Kap. 2, C I 3
- 77) Noch nicht veröffentlichter BGE der I. Zivilabteilung vom 9. Oktober 1984 i.S. F. gegen H. AG, insb. Erwägung 3, bes. S. 13 und 14 ff, wo die Elemente eines reinen Verschuldensbegriffes abgehandelt werden; das Urteil ist zur Veröffentlichung bestimmt. Bei Drucklegung der vorliegenden Arbeit ist es als BGE 110 II 456 ff erschienen; kritisch dazu Widmer, recht 2(1986) 50 ff

Der damit angedeutete allmähliche Uebergang bedeutet gleichzeitig eine Objektivierung und Abstrahierung der schadenersatzrechtlichen Verantwortlichkeit und damit eine strengere Haftung. Bei der Verschuldenshaftung ist zugunsten des potentiell Haftbaren ein subjektiver Standpunkt in der Beurteilung je nach den Umständen möglich. Die milden Kausalhaftungen setzen diesem Bestreben aber eine untere Grenze. So kann ein neugeborenes Kind als völlig urteilsunfähiger Werkeigentümer haftbar werden; in der Sache selbst bleibt aber gleichwohl eine gewisse Subjektivierung möglich, nämlich insbesondere anhand des Mangelbegriffes aufgrund der Kriterien von Art. 58 Abs. 1 OR. In dem Sinne, als auch eine Betriebsgefahr nach Massgabe ihrer konkreten Auswirkungen in einem bestimmten, dem zu beurteilenden Fall betrachtet werden muss, erscheint auch die reine Gefährdungshaftung nicht als "völlig objektiviert"; allerdings steht hier nicht ein subjektives Verhalten, sondern ein konkreter Zustand in Frage. Wenn eine strengere Haftung aus Verschulden dadurch entsteht, dass die einzelnen Elemente des Verschuldensbegriffs objektiviert betrachtet werden, so ergibt sich bei der Kausalhaftung dasselbe Ergebnis dadurch, dass der haftungsbegründete Zustand tendentiell abstrakter gewertet wird. In dieser haftpflichtrechtlichen Beziehung erscheinen die Begriffe Objektivierung und Abstrahierung bzw. Subjektivierung und Konkretisierung gewissermassen als Korrelate. Damit ist eine Analogie angesprochen, welche sich in anderer Formulierung folgendermassen wieder spiegelt: genau wie das Bestehen von unvermeidlichen, aber nützlichen Risiken stellt schuldhaftes Verhalten eine Art "qualifiziertes Schädigungspotential" dar, nur nicht in diesem Sinne als "Zustand".

5. Ausgleichsfunktion und Präventivfunktion

Vor dem Hintergrund der hier vertretenen generellen Betrachtungsweise mit Betonung des rechtlichen Vermögens-

schutzes im OR und Haftpflichtrecht dürfte hinsichtlich des letzteren ein deutlicher Vorrang der Ausgleichsfunktion bisher ohne weiteres erkennbar geworden sein. Zwingender ergibt er sich jedoch aus folgender Ueberlegung: Nachteil ist ein unabdingbares Element des Haftpflichtbegriffs. Er wirkt "haftungsauslösend" in dem Sinn, als sich vor (oder gar ohne) Erleiden eines Nachteils nie eigentliche haftpflichtrechtliche Fragen stellen werden 78); selbst der Gesetzgeber wird regelmässig erst dann tätig, wenn in einem bestimmten Lebensbereich die Schadenssituation unhaltbare Ausmasse angenommen hat - dann ist auch die Gefährdungsintensität bestimmbar, und es wird ein neuer Tatbestand von Gefährdungshaftung geschaffen 79). Schadenersatz setzt Schaden voraus; auch die Gefährdungshaftung greift erst nach Verwirklichung eines Risikos ein 80). Nach Schadenseintritt aber ist es für Prävention zu spät; die Präventionsfunktion im Haftpflichtrecht ist somit ein überaus erwünschter Nebeneffekt 81).

Immerhin entspricht dieser Nebeneffekt jedoch den im ersten Teil dieses Kapitels erwähnten Bestrebungen der Rechtsordnung zum Schutz von "Interessen an der Sache selbst" 82),

78) Oben A III 2, bei Anm. 97 ff; unten IV a.A.; Kap. 2, B I 5 a m.w.H.

79) Vgl. Widmer, Gefahrensatz 321

80) In diesem formalen Sinn lässt sich OR 59 nur schwer als eigentliche Haftpflichtbestimmung einordnen

81) In diesem Sinn auch Yung 100 ff; Müller 2 f; Oftinger I 37 (unten) f (wobei allerdings darauf hinzuweisen ist, dass die Ausgleichsfunktion auch nicht überbetont werden sollte, vgl. oben 2 - 4); insbesondere aber Widmer, Gefahrensatz 293, 322, Standortbestimmung 323 m.w.H. sowie (grundlegend) BGE 71 II 89 ff

82) Oben A I 3 c, bes. bei Anm. 38

nämlich im Haftpflichtrecht insbesondere der vor dem Vermögen primär betroffenen Rechtsgüter 83); auch wenn dieser Schutz wegen des sachbedingten Vorranges der vermögensrechtlichen Betrachtungsweise im OR gezwungenermassen weniger effizient ausfällt 84), darf nicht vergessen werden, dass er in gewissen Fällen direkt einem Verfassungsauftrag entspricht, weshalb die Präventivfunktion auch als verfassungsrechtlicher Aspekt der Haftung bezeichnet werden kann 85).

Prävention bedeutet Vermeidung; der Präventionsgedanke hat insbesondere da Platz, wo und soweit Vermeidbarkeit gegeben ist: im Bereich der Verschuldenshaftung 86), in abgeschwächter Form allenfalls auch noch bei den gewöhnlichen (milden) Kausalhaftungen. Bei richtiger Erfassung des Verschuldens-, und insbesondere des Fahrlässigkeitsbegriffes 87), erlangt die Präventivfunktion eine wichtige Bedeutung und ist durch nichts zu ersetzen 88). Auf eine andere Weise gilt diese Aussage aber auch für die reinen Gefährdungshaftungen ("scharfen Kausalhaftungen"), indem hier die Beherrschung eines Risikos

83) Oben A II 1 b, bes. bei Anm. 56 ff; vgl. Kap. 3, 2. Abschn., bes. A III und B

84) Oben A I 3 c, bes. bei Anm. 37 ff

85) So Bullinger (zit. Anm. 51), bes. 303 ff; vgl. Kap. 3, 2. Abschn., B I 2 b

86) Oben bei Anm. 60; vgl. Anm. 63; insbesondere aber Kap. 2 C I 2 e bb

87) Kap. 2 C I 2, bes. d und e

88) Denn im Bereich der Verschuldenshaftung gründet Verantwortlichkeit auf mögliche, aber mangelnde Prävention (vgl. unten V 4 "Unwerturteil" und Kap. 2 C I 2), anders bei der Kausalhaftung, die auf Vorteilsausgleich bei unvermeidbaren Schädigungen beruht (unten V 5; Kap. 2, C I 3); vgl. dazu auch Widmer, Gefahrensatz bes. 319 und 323; Standortbestimmung 299 und insb. 323 (vgl. v.a. dortige N 83)

für die Anknüpfung der Haftung und die Bestimmung der Person des Haftpflichtigen eine wesentliche Rolle spielt 89); damit entsteht wiederum indirekt der Anreiz zu möglichst weitgehender Bändigung der Gefahrenquelle.

Eine dritte, hier nicht zu erwähnende Funktion wäre die pönale. Sie spielt eine untergeordnete Rolle 90); namentlich meine ich, dass auch die Schadenersatzbemessung unter Berücksichtigung des Verschuldensgrades gemäss Art. 43 OR 91) nicht nach dieser Richtung hindeutet. Vielmehr ist die erwähnte Vorschrift Ausdruck des gesetzgeberischen Willens, die persönliche Verantwortung für eigenes Verschulden als Haftungsgrund anzuerkennen; folgerichtig geht es hier um die angemessene, sachgerechte und billige Verteilung von Risiken 92), welche sich aus schuldhaftem und widerrechtlichem Verhalten heraus verwirklichen 93).

III. Erscheinungsformen der Haftpflicht (Haftungssysteme)

Die dem Haftpflichtrecht angehörenden verschiedenen Rechtsgelände lassen sich als Haftungssysteme oder Haftungsformen systematisch ordnen, indem jedes von ihnen gewisse eigene und typische Strukturmerkmale aufweist; dabei wird relativ leicht erkennbar, dass diese Unterschiede den Bereich der rechtlichen Wertung beschlagen, also dasjenige Begriffselement der Haftpflicht, welches ich hier "U n r e c h t" nenne. Dem entspricht in formaler Hinsicht je eine eigene gesetz-

89) Oben Anm. 68 und unten V 5 m.w.H.

90) Stark, Grundeigentümerhaftpflicht 154 (N 52 f m.w.H.), vgl. aber immerhin auch Serozan 476 ff

91) M.E. würde diese Regel vermehrte Beachtung und Berücksichtigung in der Praxis verdienen, vgl. dazu Kap. 3, 3. Abschn., A II 2. Vgl. auch Guhl 44 ff

92) Vgl. dazu unten V 3: "Risikobereichsabgrenzung"

93) Oben 4, bes. bei Anm. 74 ff und a.E.; Guhl 44 ff; vgl. Tobler 83 f

liche Regelung, welche zugleich die Rechtsgrundlage der Haftung abgibt 94).

Im Sinne einer vorläufigen Orientierung soll das nachstehende Schema 95) ohne jeden Anspruch auf Vollständigkeit eine erste grobe Uebersicht vermitteln. Gesetzliche Haftungsvoraussetzungen bilden im wesentlichen die Gliederungskriterien der Aufstellung; aus ihnen ergibt sich zudem das jeweilige "gesetzliche Instrumentarium" 96).

- 94) Oben I 2 c; "Unrecht" bedeutet das Vorhandensein eines gesetzlichen sog. "Schadenzurechnungsgrundes", der - rechtspolitisch - die Schadensabwälzung zu rechtfertigen vermag... - sonst liegt "Unglück" vor und der Satz *casum sentit dominus* greift Platz, vgl. dazu unten V 1
- 95) Zur Klarstellung möchte ich darauf hinweisen, dass "schematisch" eben "vereinfacht" bedeutet und auf einen groben Raster der Betrachtungsweise hindeutet. Deren Wert liegt darin, dass man sich - des Schematisierungsvorganges bewusst - ein erstes ungefähres Bild gewisser weitläufiger Zusammenhänge machen kann, das anschließend zu korrigieren, zu differenzieren und zu präzisieren ist
- 96) Unten VI
- 97) Im wesentlichen culpa in contrahendo (c.i.c.) und positive Vertragsverletzung, vgl. unten 3, bes. b und c; Picker 369 ff
- 98) Eine übersichtliche Zusammenstellung der vielfältigen Rechtsgrundlagen findet sich im vorderen Umschlagdeckel bei Keller. Hier sind sowohl gewöhnliche (milde) Kausalhaftungen (etwa OR 55, 56, 58 usw.), als auch Gefährdungshaftungen (scharfe Kausalhaftungen) gemäss zahlreichen Spezialgesetzen gemeint
- 99) Diese Haftungsform wurde in ihren Einzelheiten und Strukturmerkmalen in der (ebenso betitelten) Dissertation von Desax herausgearbeitet; er weist nach, dass sie auf einen Allgemeinen Rechtsgrundsatz zurückgeführt werden kann (vgl. insb. die Zusammenfassungen, Desax 162, 191 f). Zu den grundgedanklichen Zusammenhängen mit dem Kausalhaftungsrecht vgl. Horn 160 ff
- 100) Damit soll der Ausnahmecharakter des Tatbestands angedeutet werden: eine Schadenszufügung, welche "normalerweise" als widerrechtlich zu gelten hat. Nicht wegen, sondern trotz Rechtmässigkeit eines Eingriffs soll gehaftet werden (vgl. Horn 26): Haftung für an sich widerrechtliche Schäden, welche (ausnahmsweise) gerechtfertigt sind, vgl. dazu Kap. 2 C II 6

1. Uebersicht und Terminologie

Haftungsformen und deren Rechtsgrundlagen

Vertrags- haftung OR 97	Haftungsformen zw. Vertrag u. Delikt (Doktrin + Praxis) 97)	("Deliktsrecht") Verschuldenshaf- tung OR 41	Kausalhaf- tung 98)	Haftung für "erlaubte Ein- griffe" 99)	Wesensmerkmale der Haftpflicht
	→ Schaden oder immaterielle Unbill	→ Kausalzusammenhang			Nachteilszu- fügung
	→ Verschulden	→ (erlaubter- weise ge- schaffene)		(erlaubte Zufü- gung) - Sonderopfer - Rechtfertigung 100) - Höherwertiges Interesse	(subjektiv) "Unrecht" (objektiv)
Vertrags- widrigkeit	Verletzung ver- traglicher, vor- vertraglicher, ausservertrag- licher Pflichten	Widerrecht- lichkeit	Widerrecht- lichkeit		
	→ Unwerturteil	→	→	Vorteilsausgleich	rechtspolitischer Schadenzurech- nungs-(Haftungs-) grund

2. Widerrechtlichkeit und Vertragswidrigkeit

a) Verhältnis der Begriffe untereinander

Stellt man auf das vorstehende Schema ab, so scheint eine strukturelle Verschiedenheit zwischen Vertrags- und Verschuldenshaftung allein an diesen beiden Merkmalen zu hängen. Daß dem so ist, mithin eine Unterscheidung zwischen den beiden Haftungsformen sich zumindest nicht primär aus den Begriffen des Schadens, der Kausalität oder des Verschuldens herleiten lässt, dürfte in der Tat zum gesicherten Bestand haftpflichtrechtlicher Doktrin und Praxis gehören 101) und kann uns hier als Ausgangspunkt dienen. Da folglich das Verhältnis zwischen den Begriffen Widerrechtlichkeit und Vertragswidrigkeit im wesentlichen die Unterscheidung zwischen Vertrags- und Verschuldenshaftung bestimmt, ist kurz darauf einzugehen.

Der Zusammenhang liegt darin, dass ein Verstoss gegen rechtsgeschäftliche Verhaltensnormen in gewissem Sinn auch als "widerrechtlich" erscheint, weil die Rechtsordnung eben auch vertraglich, also privatautonom statuierte Rechte und Pflichten schützt 102). Unter anderem auf diese Ueberlegung

101) Bucher 303; vTuhr II 100 und 102 (bei N 71); GMK 60 f i.V.m. 215 ff; Wiegand, Zeitschrift "recht" 1 (1983) 2 f (insb. bei N 8); ferner Perrig, WR 329: "... sie (die Widerrechtlichkeit) ermöglicht damit die Einteilung des Haftpflichtrechts in die verschiedenen Haftungsarten: Hierin besteht die systematische Bedeutung des Begriffs der Widerrechtlichkeit." Vgl. auch oben I 2 c und unten B a.A.

102) Darauf wurde schon von Känzig (89) und vor allem von Merz (307) hingewiesen; vgl. dazu oben A IV 2 b a.A. Ebenso vTuhr I 406 f sowie Darbellay 38 ff und 62

stützt JÄGGI offenbar seine Konzeption eines "einheitlichen Begriffs der Schadenersatzforderung" 103). Die "Modalitäten" 104) würden dadurch zwischen den beiden Haftungsformen praktisch beliebig, wenn auch begründet, austauschbar. Diese Idee mag unbestreitbare Vorzüge haben 105), dürfte aber - auch nach meinem Dafürhalten, schon mit der Gesetzessystematik kaum vereinbar sein 106). Dementsprechend muss - um die "Modalitäten" begründeterweise festlegen zu können - auf jeden Fall ermittelt werden, ob die in casu jeweils verletzten Pflichten "allgemeiner oder relativer" Natur 107) sind, also ob Widerrechtlichkeit oder Vertragswidrigkeit vorliegt 108). Zu beachten ist dabei jedoch, dass zwischen Verschuldens- und Vertragshaftung eine dritte, von beiden verschiedene Haftungsform besteht: die culpa in contrahendo 109).

103) Also sowohl für Verschuldens- wie für Vertragshaftung gültig; Jäggi, FS Schönenberger, bes. 193

104) Vgl. oben A IV 1, Anm. 118: Verschuldensnachweis, Haftung für Hilfspersonen, Verjährung

105) Vgl. die Ausführungen Jäggis (FS Schönenberger, bes. 194 f) und oben A IV 1, (bei) Anm. 119 ff. Ich denke namentlich, dass sich im Zusammenhang mit der c.i.c. gewisse Probleme recht elegant umschiffen lassen, etwa hinsichtlich ihrer systematischen Einordnung sowie der (befriedigenden) Lösung von Einzelfragen; dazu unten 3 b, und bes. d

106) Vgl. auch die heftige Kritik an der Auffassung Jäggis: Oftinger I 483 (N 21); Bühler-Reimann Th., SJZ 75 (1979) 364; bes. aber Piotet, ZSR 94 (1975) I 253 ff sowie ders., SJZ 77 (1981) 225 ff, bes. 227. Oben A IV 1, bes. Anm. 109. Vgl. auch OR 99 III

107) Jäggi, FS Schönenberger 185; vgl. oben A IV 2 c und unten 3 d; vgl. Deschenaux/Tercier § 32 RZ 15 ff

108) Unten Anm. 112. Zur Bedeutung der Rechtslage der Konkurrenz, unten 3 a

109) 3 b

b) Vertragshaftung

Das Wesensmerkmal dieser Haftungsform liegt somit darin, dass sie auf einer Verletzung von Pflichten aufbaut, welche ausschliesslich oder vorwiegend lediglich zwischen den Parteien bestehen, durch die sie auch mittels Willensakt begründet wurden (Vertragspflichten 110). Im Gegensatz zur Verschuldenshaftung setzt die Vertragshaftung demnach nicht (generelle) Widerrechtlichkeit voraus 111), sondern - an deren Stelle - Vertragswidrigkeit im Sinne einer Verletzung von Vertragspflichten 112). Diese Voraussetzung unterscheidet sich von jener dadurch, dass sie in einem gewissen Gegensatz zum ursprünglich im Vertrag geäusserten Verpflichtungswillen steht, während Widerrechtlichkeit an sich als Verstoss gegen "objektives" Recht zu betrachten ist, das unabhängig vom Parteiwillen aufgrund des Gesetzes Geltung hat 113).

"Aus Vertrag" haftet folglich, wer für Schädigungen (oder immaterielle Unbill) eintreten muss, in deren Zufügung eine schuldhafte 114) Vertragsverletzung bzw. Vertragswidrigkeit zu erblicken ist 115).

110) Oben A IV 2 b

111) Oben Anm. 107 und dortige Hinweise und Verweisungen

112) Bucher 303; Wiegand (zit. Anm. 101) 3 (bei N 9); GMK 217; vTuhr I 406 f und II 106 bei N 80: "...selbstverständlichen Satz, dass der Schuldner jeden durch seine Vertragsverletzung angerichteten Schaden zu ersetzen hat, ...". Ferner Giger 378 und 379 f; Känzig 89 (92) sowie Frei 25 m.w.H.

113) So etwa Oftinger I 487 f

114) Wofür die Beweislast beim "Schädiger" liegt; OR 97; unten 3 a (a.A.)

115) M.E. entspricht diese Definition ohne weiteres dem Sinn von OR 97, vgl. unten Anm. 146

c) Verschuldenshaftung (Deliktsrecht)

Aus den vorstehenden Darlegungen ergibt sich, dass neben Kausalität und Schaden (respektive immaterielle Unbill) das Vorliegen eines generellen Widerrechtlichkeitstatbestandes erforderlich ist 116) 117).

Dies bedingt die Auseinandersetzung mit dem Begriff der Widerrechtlichkeit, der in Art. 41 Abs. 1 OR enthalten ist und dort im Adjektiv "widerrechtlich" seinen Ausdruck findet.

Mit Blick auf die diesbezüglichen Kritiken von PIERRE WIDMER 118) oder etwa auf - besonders in Deutschland - feststellbare Tendenzen einer Verlagerung von Verantwortlichkeitstatbeständen ins Vertragsrecht 119) muss heute festgehalten werden, dass die Grundgedanken der Verschuldenshaftung und damit ihre Struktur keineswegs mehr unversehrt erhalten sind 120). Das Gesetz sieht diese Haftungsform für gewisse Tatbestände vor, die durch Auslegung ermittelt werden 121). Korrekturmöglichkeiten sind nach meiner Auffassung in den ursprünglichen gedanklichen Ansätzen der Begriffe zu suchen,

116) Zum "deliktsrechtlichen Instrumentarium" im einzelnen unten VI 1

117) Die "Beweislastumkehrung" bezüglich des Verschuldens gegenüber der Vertragshaftung ist grundsätzlich nicht Grund, sondern Folge der Zuordnung eines Tatbestandes zur Verschuldenshaftung, oben A IV 1 (bei Anm. 119)

118) Widmer, Gefahrensatz, bes. 303 f, 305 f, 320 ff; ders. Standortbestimmung, bes. 295 - 297, 300, 305 und 310 f; ders., fonction, bes. 419 ff; ders. Notizen, bes. 203 f; vgl. auch ders. Literaturanzeige 393. Vgl. dazu auch Giger 374 f (Abgrenzung z. Kausalhaftung, unten 4)

119) Oben A IV 1, Anm. 125

120) Vgl. (nebst Anm. 118) auch oben II, bes. 3. Zu einigen der daraus resultierenden Widersprüche, Verwischungen und Unsicherheiten in Doktrin und Praxis vgl. auch etwa unten VII; Kramer, ZSR 102 (1983) I 274

121) Vgl. oben A IV 1 a.E., ferner A I 3 a

ohne dass man seitherige Entwicklungen wie etwa die Objektivierung des Verschuldens gänzlich zu negieren braucht. Schon wenn es gelingt zu zeigen, dass der Verschuldensbegriff von seinem Denkansatz her eben subjektiver, der Widerrechtlichkeitsbegriff demgegenüber objektiver Natur ist, so wäre nach meinem Dafürhalten bereits eine wertvolle Differenzierung geschaffen. Gelänge weiter der Nachweis, dass auch das Kausalhaftungsrecht neben dem objektiven Widerrechtlichkeitserfordernis einen - anderen! - subjektiven Anknüpfungspunkt braucht und immer brauchte, so wäre damit in dieser Hinsicht ein weiterer Fortschritt erzielt. Schliesslich gälte es m.E. aufzuzeigen, dass der berühmt-berüchtigte "Gefahrensatz", das Bindeglied - und damit verwischende Element zwischen Verschuldens- und Kausalhaftungsrecht 122) - in der Gerichtspraxis unnötigerweise eine Scheinbedeutung erlangt hat 123), welche ihm materiell eigentlich gar nicht gebührt, weil er von einem richtig verstandenen Verschuldensbegriff praktisch restlos absorbiert wird 124); damit würde eine sauberere Trennung 125) zwischen den beiden Haftungsformen möglich.

122) Widmer, Gefahrensatz, vgl. insb. 304, wo er das plastisch-naturwissenschaftliche Bild des Gefahrensatzes als Membran zwischen Verschuldens- und Kausalhaftung entwirft, durch welche "eine ständige, unkontrollierte Osmose" stattfindet; vgl. Strickler 69 ff und 80

123) Vgl. etwa Kap. 3, 3. Abschn., B und C, je II

124) Kap. 2, C I 2 e, bes. bb; vgl. Kap. 3, 2. Abschn. A III 2

125) Scharfe Trennlinien sind - im Bewusstsein der "wissenschaftlichen Aporie des Arbeitens mit Begriffen" (Bucher 24, vgl. unten VII (Mittelteil) - m.E. nicht möglich (und kaum erstrebenswert); es gilt, Typizitäten herauszuarbeiten, welche für die Grenzziehung in konkreten Fällen der Praxis als Richtlinien dienen können (Merz, ZBJV 106 [1970] 87 u. 114 [1978] 131: "Kernanwendungsbereiche")

3. Zu den Haftungsformen zwischen Vertrag und Delikt 126)

a) Ausgangspunkt

in recht breiter Uebereinstimmung nimmt die Lehre an, dass Vertrags- und Deliktsansprüche zueinander im Verhältnis der Konkurrenz stehen, sofern die Voraussetzungen beider Tatbestände, also die Elemente beider Haftungsformen gegeben sind 127). Die praktische Bedeutung dieser Rechtslage schätze ich aber als eher gering ein 128). Es ist darauf hinzuweisen, dass die Vertragshaftung dem Geschädigten als Kläger in aller Regel attraktiver erscheinen wird, da sie ihn in allen drei "Modalitäten" 129) günstiger stellt 130). Im übrigen werden die wirklichen Konkurrenzfälle äusserst selten sein 131); ein falscher Anschein von solchen Konflikten sollte vermieden werden, indem "Zuordnungsgrundsätze" und -kriterien entwickelt und angewendet werden. Die wahre Schwierigkeit liegt ja darin zu erkennen, ob und welche Voraussetzungen jeweils vorliegen und wie sie im Hinblick auf eine Zuordnung zu einer der Haftungsformen zu beurteilen

126) (vgl. Schema, oben 1:) namentlich c.i.c. und "positive Vertragsverletzung"; vgl. dazu v.a. Picker 369 ff und Schlechtriem 1591 ff

127) Bucher 300; Oftinger I 484 f; Wiegand in Zeitschrift "recht" 2 (1984) 19; Frei 25 (N 23 m.w.H.); Deschenaux/Tercier § 32 RZ 15 (ff); Keller 324; GMK 195 usw.; vTuhr II 108 weist auf die h.L. hin (N 92), ist aber selbst anderer Ansicht (unten Anm. 131)

128) Ebenso Bucher 301, der in N 32 als einziges Beispiel für die Bevorzugung der Deliktshaftung den "Steiggurtefall" (BGE 64 II 254 ff) erwähnt, wo die vertragsrechtliche Prüfungs- und Rügefrist (OR 367) verpasst worden war; es fällt jedoch auf und mag erstaunen, dass dem Unternehmer der Exkulpationsbeweis gemäss OR 55 offenbar misslang. (Nicht von Interesse sind in diesem Zusammenhang die formalrechtlichen Unterschiede des internationalen Privatrechts und des Gerichtsstandes, vgl. Oftinger I 489)

129) Oben Anm. 104 (mit Verweis auf A IV 1, Anm. 118); Jäggi, FS.Schönenberger 193: Verschuldensnachweis (Beweislast), Haftung für Hilfspersonen, Verjährungsfrist

130) Wiegand (zit. Anm. 127) 19 (beachte den dortigen Verweis in N 55 a auf "recht" 1 [1983] 3); vTuhr II 108

sind: in der Tat entsprechen die "Voraussetzungen" eines gesetzlichen Haftungstatbestandes jeweils den "Wesensmerkmalen" (Begriffselementen) einer Haftungsform 132). Das Problem der Alternativität, also eine Lösung der Zuordnungsfrage steht hier im Vordergrund; einer Entscheidung ist wohl insbesondere dort nicht aus dem Weg zu gehen, wo sich die Frage nach dem Für und Wider einer vertraglichen oder deliktischen Gestaltung des Rechtsschutzes vor reinen Vermögensschäden stellt 133).

Aufbauen möchte ich auf der bereits angedeuteten 134) und für mich plausiblen These, dass ein rein formales Abstellen auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses 135) keine befriedigende Lösung der Zuordnungsfrage bringen kann. Vielmehr muss - in Ableitung aus den bisherigen Ausführungen - die Antwort auf die Frage nach der Verletzung von objektivem oder "gewillkürtem" Recht den Ausschlag geben. Es ist also zu prüfen, ob hinsichtlich der einmal festgestellten Verletzung von Pflichten ein Verpflichtungswille (des Schädigers) oder gesetztes Recht als deren überwiegende Grundlage erscheint 135a).

131) Vgl. auch vTuhr II 109 ff ("Bei dieser Sachlage erscheint es mir zwecklos, an der Vorstellung einer Anspruchskonkurrenz festzuhalten..."); in der gewählten Formulierung dagegen wohl zu weitgehend (bzw. apodiktisch) Känzig 89; ferner auch Jäggi, FS Schönenberger 183

132) Oben I 2; vgl. auch oben bei Anm. 107 f

133) Kap. 4; oben A II 1 c (zum Begriff des "reinen Vermögensschadens": Kap. 2, B I 6 a); es darf nämlich nicht darauf herauskommen, dass dort, wo mangels Widerrechtlichkeit kein zivilrechtliches Delikt vorliegt, einfach eine vertragliche Grundlage künstlich konstruiert wird, vgl. oben Anm. 119 und dortige weitere Verweisung; ferner unten d a.A. Vgl. auch Picker 373 (ff)

134) Oben A IV 2 b, bei Anm. 149

135) Auf die Auseinandersetzung über die "Rechtsnatur" der c.i.c. (deliktisch oder vertraglich) bezogen, würde ein alleiniges Abstellen auf dieses Moment (den Vertrags-

b) Haftung für culpa in contrahendo (c.i.c.) 136)

Die Entscheidung über diese Frage ist natürlich nicht immer leicht. Ein Verpflichtungswille entsteht nicht erst - aber dann wie ein deus ex machina - im Moment des Vertragschlusses, sondern er reift langsam heran und wird durch den eigentlichen Vertragsschluss lediglich auf eine äusserlich erkennbare Weise bekräftigt und "abschliessend" bestätigt. Gleichsam der Rahmen, in welchem er sich bewegt, ist das wachsende Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien, ja die allmähliche gegenseitige Vertrauenserweckung; sie beginnt da, wo die Parteien aus der Anonymität oder aus einer gegenseitigen rechtsgeschäftlichen Gleichgültigkeit heraus- und einander zur Aufnahme von Vertragsverhandlungen im Hinblick auf einen Abschluss gegenübertreten, und das entstehende Vertrauen verdichtet sich von nun an immer mehr. Gleichsam ihre Krönung findet diese Entwicklung schliesslich im eigentlichen Vertragsabschluss.

schluss) wohl eindeutig zur sogenannten "Deliktstheorie" führen, wonach vertragliche Pflichten erst mit Abschluss des Vertrages entstehen und verletzt werden können. In der Tat dürften gewisse Rechtswirkungen wirklich erst mit dem Vertragsabschluss als äussere Bestätigung eines rechtlichen Vorganges entstehen, vgl. unten (bei) Anm. 138

135a) Hopt 611

- 136) Der angesprochene Problemkreis wird hier als Aspekt der Widerrechtlichkeitsproblematik im weitesten Sinn behandelt, indem die Beschaffenheit dieses letztgenannten Merkmals darüber entscheidet, ob Vertragshaftung, Deliktshaftung oder ein aliud (eigentliche c.i.c.-Haftung, die weder auf Widerrechtlichkeit noch auf Vertragswidrigkeit, sondern auf Verletzung besonderer vorvertraglicher Pflichten gründet) vorliegt (unten d). Ihering gilt als Begründer der Lehre (1861), vgl. dazu und für weitere Hinweise, auch auf einschlägige Literatur Bucher 245 ff (§ 17) und vTuhr I 192 ff (§ 24 VII); sowie Anm. 106, 137 und 139; für das deutsche Recht (in Revision) Picker 369 ff sowie Medicus 479 ff

Waren die Parteien früher lediglich allgemein gültigen (generellen) Verhaltensnormen unterworfen (deren Verletzung Widerrechtlichkeit und damit Deliktshaftung begründet), so unterstehen sie während dieser Entwicklung gewissen besonderen Treue- und Rücksichtspflichten, welche auf dem genannten, sich entwickelnden Vertrauensverhältnis beruhen, Ausfluss des sich verdichtenden gegenseitigen Verpflichtungswillens sind und deshalb nur zwischen den Parteien Geltung erlangen, also rechtliche Wirkungen entfalten 137). Wer gegen sie verstösst, begeht keine Vertragsverletzung; denn die eigentlichen Vertragspflichten können ihrerseits nun wirklich erst mit Vertragsschluss entstehen 138). Sind sie einmal entstanden, so überholen und verdrängen sie die vorvertraglichen Pflichten, so dass von da ab die Haftung für c.i.c. hinter die Vertragshaftung zurücktritt und ihre Bedeutung auch nicht zurückgewinnen kann, solange der Vertrag besteht - dagegen jedoch allenfalls dann, wenn er aus irgendeinem Grund wieder wegfallen sollte 139).

Wie man sieht, liegt die Haftung für c.i.c. in einem Spannungsfeld, "eingekreist" von Vertragsfreiheit, Vertragshaf-

137) Sie beruhen auf ZGB 2: Bucher 253 f; Engel S. 504; Keller 380; Piotet (zit. Anm. 106) ZSR 253; vgl. auch oben A IV 2 c, Anm. 152; vgl. Wiegand, recht 2 (1984) 18

138) Dies ist ein direkter Ausfluss der Vertragsfreiheit (welche im OR "in einem möglichst umfassenden Sinn verwirklicht" ist, Bucher 79); deren Teilgehalt der "Abschlussfreiheit" muss die Möglichkeit verleihen, auch bereits laufende Vertragsverhandlungen abubrechen und auf einen Abschluss zu verzichten (vBüren 211); die Verhandlungen bezwecken geradezu, ohne allzu starke rechtliche Verbindlichkeit die anvisierte Verpflichtung vorher abzuschätzen. Deshalb ist die c.i.c. auch eine eigenständige Haftungsform, vgl. unten Anm. 156

139) Vgl. dazu Bühler ("Zum Problem der c.i.c.") SJZ 75 (1979) 357 ff, bes. 360; Kreis, Haftung für c.i.c., Diss. Basel 1946 (Maschinenschrift) 43 ("culpa in solvendo!"); Anex, L'intérêt négatif..., thèse Lausanne 1977, 62 ff, entwickelt für dieses Verhältnis die "théorie de l'absorption relative"

tung und Deliktshaftung. Auf Einzelfragen kann ich hier nicht weiter eingehen. Die dazwischenliegenden Uebergangs- und Grauzonen scheinen mir noch keineswegs im einzelnen erforscht und ausgeleuchtet zu sein 140); die folgenden Hinweise betreffen eher gewisse Typizitäten, also Bereiche, wo das Ueberwiegen vertraglicher, deliktischer oder anderer Elemente erkennbar wird.

c) Positive Vertragsverletzung 141)

Von den Vorteilen der Vertragshaftung 142) soll - umgekehrt - aber auch derjenige nicht ungerechtfertigterweise profitieren, welcher sich als Vertragspartner des Schädigers auf eine Pflichtverletzung berufen will, die nach den hier angedeuteten Kriterien eher als "generelle" Widerrechtlichkeit erscheint, denn als eigentliche Vertragsverletzung. So erklärt VON TUHR 143):

- 140) So kann etwa der Zeitpunkt des Beginns einer c.i.c.-Haftung (der nicht schon bei der Aufnahme von Vertragsverhandlungen liegt) nicht generell, sondern nur einzelfallweise nach Massgabe verschiedener Kriterien (Beziehungsnähe, Intensität des Vertrauensverhältnisses, Art des beabsichtigten Vertrages etc.) ermittelt werden (Stichworte sind Ermessensspielraum und Berücksichtigung von Billigkeit Gesichtspunkten, unten Anm. 152), vgl. auch etwa Bühler (zit. Anm. 106) 361; Kreis (zit. das.) 53. Vgl. dazu auch unten, bei Anm. 153. Zweifellos gilt im wesentlichen auch für die schweizerische Rechtssituation, was Picker auf den S. 385 ff bezüglich des deutschen Rechts ausführt
- 141) Damit sind im allgemeinen Schädigungen gemeint, welche "bei Gelegenheit" einer Vertragserfüllung zugefügt werden; als Begründer der Lehre gilt Hermann Staub, Hinweise bei vTuhr II 106 f N 82 ff sowie Bucher 299, N 22 ff. Picker 369 ff, vgl. auch Schlechtriem 1591 ff
- 142) Oben Anm. 129 f: die günstigeren Modalitäten der Vertragshaftung
- 143) vTuhr II 107; Beispiele das. bei N 87 und 88. Ebenso Oftinger I 486 (f) mit Beispielen

"Keine Vertragsverletzung liegt vor, wenn ein Schuldner seinen Gläubiger durch seine Handlung schädigt, welche mit dem Vertrag und dessen Erfüllung in keinem oder nur einem äusserlichen 144) Zusammenhang (nach Zeit oder Ort) steht."

Für SCHWANDER 145) ist der Vertrag bei positiven Vertragsverletzungen generell "nur ein mehr oder weniger zufälliges Akzessorium". Verschiedentlich ist auch zu lesen, dass diese Figur bei richtiger Auslegung von Art. 97 OR ohne Schaden entfallen kann 146). Der Ausdruck kann jedoch stehenbleiben, wenn damit angedeutet werden soll, dass anders als ("generell") widerrechtliches Verhalten 147) - ein vertragswidriges Verhalten meistens, aber eben auch keineswegs immer in einem ("negativen") Unterlassen besteht, indem versprochene Leistungen nicht oder unrichtig erbracht werden 148).

Beispielsweise wird etwa der Schutz von Leib und Leben kaum je den Kern einer Verpflichtung bilden 149), sondern stellt

144) Wohl gemeint: "bloss zufälligen"

145) Schwander 138; vgl. allgemein das. S. 137 - 139

146) Oftinger I 486 mit Nachweisen in N 38 und 39; vTuhr II 107 (bei) N 86; Bucher 299; GMK 216; Schwander a.a.O. (Anm. 145); Picker 375 ff mit Hinweisen auf deutsche Doktrin. Vgl. auch oben, bei Anm. 115

147) Dabei handelt es sich ja meistens (allerdings durchaus nicht immer) um aus positivem Tun bestehende Verstösse gegen Verhaltensnormen, welche (negativ) als Verbote formuliert sind; das Gleiche wird wohl für die c.i.c. im wesentlichen auch gelten, währenddem es bei der Vertragswidrigkeit charakteristischerweise umgekehrt sein dürfte (Unterlassung als negativer Verstoss gegen positive Pflichten). Bei den Ausnahmen von den hier genannten Typizitäten darf man nicht vergessen, dass es bei diesen Fragen vielfach lediglich um Formulierungsfragen geht

148) "Positive Vertragswidrigkeit" ist also in diesem Sinn ein Ausnahme- oder Sonderfall, der allerdings ebenfalls in OR 97 Platz haben dürfte, Anm. 115, 146

149) Allenfalls bei einem "Leibwächtervertrag"

regelmässig eine Nebenpflicht dar 150), die - durchaus mehr oder weniger eng - mit der Hauptverpflichtung zusammenhängt und dementsprechend je nach Intensität dieses Zusammenhanges Gegenstand einer allgemeinen oder eben der vertraglich übernommenen Verantwortlichkeit bildet. Für den Entscheid darüber ist Vertragsauslegung massgebend und insbesondere die Frage zu stellen, ob das Entgelt auch die Erbringung (bzw. Gewährleistung) der verletzten Nebenverpflichtung abdecken sollte 151); entscheidend dürfte in diesem Zusammenhang auch sein, wie weit das mit dem Vertrag bestehende Vertrauensverhältnis berechnigte Schutzansprüche wecken konnte oder nicht 152).

d) Einige Ergebnisse

Der Verstoss gegen Pflichten im Sinne von Widerrechtlichkeit oder Vertragswidrigkeit ist das wesensbestimmende Strukturmerkmal der verschiedenen Haftungsformen, indem die Art der verletzten Pflicht als entscheidendes Charakteristikum erscheint.

150) Etwa beim Transportvertrag (Taxi): unversehrte Ankunft des Vertragspartners ... als Nebenpflicht

151) Vgl. Schlechtriem 1609, 1611 ff (mit Fallgruppen und Beispielen)

152) Wie bei der c.i.c. (vgl. insbesondere oben Anm. 140 und dortige Verweisungen) wird es dafür auch hier wieder auf die (durch das engere Vertrauensverhältnis bestimmte) Bezugsnähe der Parteien ankommen, die Art des Vertrages, die Art und Weise der Auswahl des Partners usw. Auch dies ist ein "Von-Fall-zu-Fall-Entscheid", bei dem richterliches Ermessen, konkrete Umstände und Billigkeitsgesichtspunkte (kurz: ZGB 4) mitspielen müssen. Die so vorzunehmende Wertung von Verhaltenspflichten und ihre Einstufung als vertragliche oder nicht vertragliche, hat somit gewisse Ähnlichkeiten mit dem, was man (in angebrachter Nuancierung zur Lehre vom adäquaten Kausalzusammenhang) als "Adäquanz der Verantwortlichkeit" (oder der Haftung) bezeichnen könnte: der Einbezug von (mehr) Billigkeitsgesichtspunkten (unten Anm. 195 m.w.H., vgl. dazu auch Kap. 2, B II 2 c bb; C I 2 e cc sowie Kap. 3, 3. Abschn. A II 2 b)

Die oben skizzierten Grundzüge dürfen zwar keinerlei Anspruch auf erschöpfende und allseits abgesicherte Behandlung erheben, weshalb die nachfolgenden Erkenntnisse auch vor-sichtig zu formulieren sind; sie dürften jedoch als erste grobe Arbeitsthesen stehen bleiben können. So scheinen folgende Varianten im Vordergrund zu stehen:

- 1) - "Widerrechtlichkeit" (gemäss Art. 41 OR) als Verletzung generell gültiger Pflichten, die sich aus Verhaltens-normen der allgemeinen Rechtsordnung ergeben; diese gelten jederzeit gegenüber jedermann. Dabei ist jedoch acht zu geben auf die Unterscheidung zwischen Pflicht-verletzungen, welche Widerrechtlichkeit begründen und solchen, die dem Verschulden zugrunde liegen, denn ein Verschulden allein begründet natürlich noch kein Delikt im Sinne von Art. 41 OR. Immerhin muss jedoch zwischen den beiden Begriffen ein intensiver wechselseitiger Bezug beachtet werden; im Vordergrund steht jedenfalls das Kriterium der Widerrechtlichkeit 152a).
- 152a) Damit ist ein Hauptproblem der vorliegenden Arbeit an-geschnitten; dieser Fragenkomplex wird namentlich an folgenden Stellen neu aufgegriffen: Kap. 2, C I 2 e dd; II 3; Kap. 3, 1. Abschn. B; 3. Abschn., bes. B - D; 5. Abschn.; vgl. auch Kap. 4, B II. Zusammenfassend folgen-des: Verkehrspflichten bestimmen das Verschulden, nicht die Widerrechtlichkeit; je höherwertige Rechtsgüter je-doch in Frage stehen, desto strengere Verkehrspflich-ten müssen gelten; vCaemmerer, Schriften I 462 f, er-wähnt ein Beispiel, bei dem es um die Verkehrspflicht eines Warenhausinhabers geht, "für die Sicherheit der Räume zu sorgen, die man dem Verkehr eröffnet"; im Fall von deren Missachtung kann eine allfällige Widerrecht-lichkeit nur in der Verletzung der körperlichen Integri-tät (oder des Eigentums) eines Besuchers liegen; alles übrige ist eine Frage des Verschuldens, und eine (vor-wiegend) vertragliche Pflicht, für die Sicherheit der Ladenbesucher zu sorgen, dürfte hier kaum in Frage kom-men (denn es sind eben nicht alle Besucher Vertrags-partner!)

- 2) - "Vertragswidrigkeit" (gemäss Art. 97 OR) als Verletzung nur zwischen Schädiger und Geschädigtem bestehender Pflichten, die sich aus privatautonom aufgestellten Verhaltensnormen ergeben.
- 3) - Verletzung vorvertraglicher Pflichten, die in dem Sinn relativen Charakter aufweisen, dass sie nicht gegenüber jedermann bestehen, sondern gegenüber einem bestimmten und frei (privatautonom) ausgewählten "Partner", und zwar bevor mit ihm eine vertragliche Bindung eingegangen wurde (c.i.c.).

Anhand dieser drei Tatbestände sollte es m.E. möglich sein, unter die in diesem Zusammenhang entstehenden Zweifelsfälle eine erste grobe Ordnung zu bringen. Im einzelnen wird es sich als sehr schwierig erweisen, wirklich "widerstandsfähige" 153) Lösungen zu erarbeiten. Dazu bedarf es zweifellos weiterer Entwicklung im Sinne von Vertiefung, Bildung von Fallgruppen und vor allem weiterer Verfeinerung der Kriterien. Zur Beantwortung der Frage, ob eine verletzte Pflicht "relativer" und damit (vor-) vertraglicher Art ist, muss sicher der Vertrag herangezogen und ausgelegt werden. Allenfalls ist nach dem Konkretisierungsgrad, dem Mass gegenseitig erweckten Vertrauens im Rahmen eines sich anbahnenden Vertragsverhältnisses zu fragen. Schliesslich wird man den zu beurteilenden Sachverhalt wohl unter einen der drei genannten Tatbestände subsumieren können. Insbesondere wird man sich in den Fällen der sog. "positiven Vertragsverletzung"

- 153) Widerstandsfähig im Spannungsfeld zwischen Einzelfallgerechtigkeit (Billigkeit, Angemessenheit) und Ueberprüfbarkeit, generell-abstrakter Handhabungsfähigkeit; vgl. oben Anm. 152 und die dortigen Verweisungen

für Verschuldens- oder Vertragshaftung entscheiden 154) müssen, nämlich ob Vertragswidrigkeit oder Widerrechtlichkeit und damit unerlaubte Handlung vorliegt. Die positive Vertragsverletzung stellt also keine eigenständige Haftungsform dar, im Gegensatz zur c.i.c., welche einer Verletzung besonderer, weder vertraglicher noch ausservertraglicher Pflichten entspricht 155) und somit auch hinsichtlich der Modalitäten eine eigene Behandlung verdient 156).

In Berücksichtigung von SCHLECHTRIEMS Ueberlegungen 157), wäre de lege ferenda auch für das schweizerische Recht zu überlegen, ob die scharfen Gegensätze, insbesondere im Hinblick auf die sehr unterschiedlich geregelte Verjährungsfrist, nicht etwas gemildert werden sollten 158), eventuell sogar, indem die Verjährungsdauer nicht mehr - formal - von der Haftungsform, sondern (in gewissen Fällen) vielmehr von der Art des verletzten Rechtsgutes abhängig gemacht wird 159).

- 154) c.i.c. kommt nicht in Frage, denn die positive Vertragsverletzung wird regelmässig nach Vertragsschluss begangen, vgl. oben (bei) Anm. 138 f; Canaris C.W. in JZ 1965, 476
- 155) Vgl. oben Anm. 138; BGE 108 II 419
- 156) Bucher 253 f: "... hier ein Haftungstatbestand eigener Art vorliegt, der seine Grundlage in ZGB 2 findet und richtigerweise auch eigenen Gesetzmässigkeiten zu unterwerfen ist"; sinngemäss auch vTuhr I 193 f; (Berner) Kommentar Merz N 260 ff, 264 zu ZGB 2; Nietlisbach 35 f; Keller 379; Bühler (zit. Anm. 106 und 139) 364 f. BGE 92 II 333; 98 II 28 f; 101 II 269; 104 II 94. Im Ergebnis ergeben sich dann durchaus wieder gewisse Gemeinsamkeiten mit der Auffassung Jäggis (in FS Schönenberger, oben bei Anm. 103 ff)
- 157) Schlechtriem (Gutachten), bes. 1674 f (Reformvorschlag § 196 a BGB). Vgl. auch zur Angleichung der Haftungsregelung für Hilfspersonen, Schlechtriem 1616 und die Reformvorschläge vBar, insbesondere 1762 (betr. § 831 BGB) und 1776 f
- 158) Vgl. auch Schwander 137 (unten) f; vCaemmerer, Schriften I 463
- 159) So die Vorschläge von Schlechtriem, vgl. Anm. 157; Jäggi, FS Schönenberger, bes. 186 (oben A IV 1, bei Anm. 124)

Zusammenfassend ergibt sich für mich die Folgerung, dass das Verhältnis zwischen Vertrags- und Deliktsrecht sich nicht in erster Linie durch "Nebeneinander" (Konkurrenz) kennzeichnet, sondern, dass die Schwierigkeit vielmehr darin liegt, die Anwendbarkeit der beiden - und des dazwischenliegenden - Bereiche voneinander abzugrenzen; m.E. stellt sich nämlich typischerweise die Frage, ob vertragliche oder generelle Pflichten verletzt wurden. In den übrigen Fällen wirklicher Konkurrenz wird sich die Wahl der Anspruchsgrundlage mehr oder weniger von selbst ergeben 160).

Es dürfte sich auch recht deutlich gezeigt haben, dass das allgemeine Prinzip von Treu und Glauben in Art. 2 ZGB Ausgangspunkt und Leitidee zur Bestimmung des Rechtsschutzes vor reinen Vermögensschäden 161) abgibt. Dadurch akzentuiert sich diese Abgrenzung insbesondere in der Frage, ob und allenfalls wieweit Verstösse gegen Treu und Glauben einen allgemeinen Widerrechtlichkeitstatbestand bilden, oder - mit anderen Worten: Soll jede Verletzung von Treu und Glauben generell als zivilrechtliches Delikt betrachtet werden? Bei der Beantwortung dieser Frage ist zweifellos wiederum zu berücksichtigen, ob nicht mit der zu treffenden Lösung eine vom Gesetzgeber nicht gewünschte Verlagerung von Verantwortlichkeiten in sachfremde Haftungsformen einhergeht 162).

160) Oben (bei) Anm. 131 m.w.H.

161) Man spricht auch von "blossen" oder - in Deutschland - "primären" Vermögensschäden, wo der Frage nach der haftpflichtrechtlichen Bedeutung des Prinzips von Treu und Glauben besondere Wichtigkeit zukommt, vgl. insbesondere Kap. 4, B II. Weitere Hinweise oben A, Anm. 57

162) vCaemmerer, Schriften I 468 f; vgl. auch oben Anm. 159 a.E. und die dortige Verweisung

4. Kausalhaftung 163)

Wo von den Grundgedanken her gewisse Unterschiede zwischen Verschuldens- und Kausalhaftung liegen könnten, habe ich bereits versucht anzudeuten 164); es hat sich gezeigt, dass mehr ein gradueller Uebergang vorliegt. Sicher scheint mir, dass es dabei nicht einfach um den ersatzlosen Wegfall des Verschuldensmerkmals gehen kann. "Von der blossen Verursachung führt keine Brücke zur Verantwortung" 165). Dass "Nachteil" und Kausalzusammenhang Voraussetzungen einer Kausalhaftpflicht sind, bedarf kaum weiterer Erörterung. Dagegen ist das Merkmal der rechtlichen Missbilligung ("Unrecht") einer genaueren Prüfung zu unterziehen; insbesondere wird man kaum um die Erkenntnis herumkommen, dass auch das Kausalhaftungsrecht einen rechtlichen Anknüpfungspunkt an die Kausalkette braucht, welcher sich unumgänglicherweise auf das Haftungssubjekt beziehen muss 167). "Bei den Kausalhaftungen tritt an die Stelle des Verschuldens eine andere Voraussetzung, die den Verzicht auf das Verschulden rechtfertigen muss" 168)!

- 163) Der Ausdruck wird mehrheitlich, aber aus unterschiedlichen Gründen als unglücklich oder auch nichtssagend erachtet (Widmer, fonction 425, Standortbestimmung 295, bei N 17; Giger 373; Oftinger I 16; Horn 159 und Giovannoni, causalité 249 N 1 m.w.H.); er ist trotzdem beizubehalten, weil er sich völlig eingebürgert hat und eine neue Bezeichnung somit kaum Resonanz fände. Ich bezeichne damit sowohl milde, wie scharfe Kausalhaftungen, also gewöhnliche Kausalhaftungen wie Gefährdungshaftungen
- 164) Oben II 4 a.E. und III 2 c a.E. Vgl. auch die allg. Hinweise bei Kramer, Die Lebenskraft des Schweiz. OR, ZSR 102 (1983) I 274
- 165) Max Rümelin, zit. bei Widmer, Standortbestimmung 311 ("Gründe der Schadenszurechnung", Freiburg/Leipzig 1896, 26)
- 166) Das wurde bereits angetönt, vgl. oben II 3 b und c sowie 4; vgl. ferner auch unten V 5 sowie Kap. 2, C I, bes. 3
- 167) Unten V 5 a.E.
- 168) Stark, Grundeigentümerhaftung 167 (m.w.H.)

IV. Nachteil und dessen Entstehung

Auf die Suche eines Verantwortlichen, "auf dass er ihn haftbar mache" geht auch ein von "Hysterie" 169) ergriffener "Schadenersatz-Neurotiker" 170) nur dann, wenn er einen Nachteil erlitten hat. Aus dem Grundgesetz der sog. Natürlichen Kausalität 171) folgt zwingend, dass dieser Nachteil als Lebensvorgang quasi untrennbar von einer oder mehreren unendlichen Ursachenkette(n) abhängt 172), die ich deshalb im folgenden verschiedentlich "Kausalkette" nennen werde. Der so vom Betroffenen mehr oder weniger empfindlich erlittene und später vom Richter vorzufindende Lebensvorgang in dieser Gesamtheit stellt somit gewissermassen den Anlass zur haftpflichtrechtlichen Belangung des Schädigers dar: er wirkt h a f t u n g s a u s l ö s e n d 173). Die rechtliche Fassung der darin enthaltenen Faktoren werden in diesem Sinn hier als haftungsauslösende Kriterien bezeichnet. Der enge Zusammenhang zwischen Ursache und Nachteil, der in einer gewissen Hinsicht gar als Untrennbarkeit bezeichnet werden muss, drückt sich nicht nur sprachlich aus 174), sondern ergibt sich auch sachlich daraus, dass ohne Kenntnis der Ur-

169) Das nette "Bild" (wenn man so sagen kann) stammt von Keller, der auf S. 147 (zum Werkmangelbegriff) bemerkt: "Die manchmal geradezu hysterische Suche nach einem Haftpflichtigen findet hier ihren besten Nährboden. Glitt früher jemand aus, so rief er: "Ach wie dumm von mir!" Heute ist sein erster Gedanke: Wer ist dieses Bodens Eigentümer, auf dass ich ihn haftbar mache?"

170) Unten V 3 d und dortige Anm.; vgl. unten V 1, bes. Anm. 185 a.E.

171) condicio sine qua non, die sog. Bedingungs- oder Aequivalenztheorie, dazu Kap. 2 B II 1, bes. a und b

172) ... und seinerseits wieder Ursache unzähliger "Wirkungen" ist ...

173) Vgl. Oftinger I 62; Kap. 2, B I 5 a (und dort die erste Anm.)

174) ...indem das Verb "schädigen" beides umfasst, vgl. oben I Anm. 13 und dortige w.H.; Kap. 2 A I (bei Anm. 1)

sachen eine Ermittlung des Schadens gar nicht möglich ist 175).

Dass man dabei - zumindest im wesentlichen - von T a t - f r a g e n 176) sprechen darf, wird im folgenden Kapitel weiter zu entwickeln sein 177). Allerdings wird man schon den Schadensbegriff kaum je völlig von normativen Elementen befreit sehen können 178); diesen darf man aber wohl untergeordnete Bedeutung beimessen.

Noch vermehrt gilt diese Einschränkung im Bereich der Haftung für immaterielle Unbill, welche nicht vermögensschützende, sondern persönlichkeitschützende 179) Funktion hat, so dass hier also bereits das tangierte Interesse selbst mehr "rechtlicher Natur" ist, während ich meine, dass Vermögen als Schutzobjekt des Schadenersatzrechts 180) mehr eine

175) Dies folgt aus der Abhängigkeit des Schadens vom "schädigenden Ereignis" (also der Ursache), welche aus den gängigen Definitionen des Begriffs Schaden herausgelesen werden kann; vgl. dazu Kap. 2, A I, bei Anm. 5 sowie das. 3 b und das. 5 d

176) Entsprechend der Praxis des BGer zu OG 63

177) Kap. 2, B I 4 und II 1 d

178) So insbesondere in bezug auf den Aspekt des *lucrum cessans*, dessen Begriff als Ausbleiben von "nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwartendem" (OR 43 II) Gewinn umschrieben wird, was zweifellos eine normative Wertung bedingt; dazu ebenfalls Näheres Kap. 2, B I 4 und 6 b

179) ZGB 28: Schutz der "persönlichen Verhältnisse" als Inbegriff aller anerkannten Persönlichkeitsrechte, oben A I 3 c a.E.; vgl. Kap. 2, C II 1 b und B I 5 b

180) Haftpflichtrecht als Oberbegriff über Schadenersatzrecht (Einstehenmüssen für Vermögensschäden) und Haftung für Beeinträchtigungen der persönlichen Verhältnisse (Einstehenmüssen für immaterielle Unbill), vgl. oben I 1, bei Anm. 6

(Tat-) "Sache" 181), nämlich im hier definierten Sinn eine abstrakte betriebswirtschaftliche Hilfskonstruktion zur ökonomischen Erfassung von Wert-Komplexen darstellt. Die Beeinträchtigung an sich wird jedoch ebenfalls ein objektiv feststellbarer und direkt beweisbarer 182) Lebensvorgang sein.

Der Vollständigkeit halber bleibt noch darauf hinzuweisen, dass diese Ausführungen selbst die Entwicklung von Begriffsverständnissen bezwecken und damit selbstverständlich rechtlicher Natur 183) und dementsprechend juristischer Argumentation und Auseinandersetzung zugänglich sind, handelt es sich doch um Bestrebungen zur Auslegung gesetzlicher Normen und Begriffe.

Trotz gewisser Einschränkungen und Relativierungen möchte ich klar daran festhalten, dass das haftpflichtrechtliche Begriffselement Nachteil (und dessen Ursachenkette) vor allem einen Sachverhalt, einen tatsächlichen Vorgang enthält, den es im weiteren rechtlich zu bewerten gilt.

V. Unrechtsbegriff

1. Unrecht und Unglück

Aufgrund vorangehender Ausführungen ist für das Folgende davon auszugehen, dass Probleme in Zusammenhang mit der Zufügung von Nachteilen im schweizerischen Recht vorderhand noch überwie-

- 181) Ein Ergebnis von Lebensvorgängen, ein Sachverhalt; denn Vermögen besteht nicht nur aus (einem Komplex von) Rechten, vgl. oben A II 2
- 182) Indirekt beweisbar sind die mehr normativen Elemente (wie Verschulden und Widerrechtlichkeit), welche sich aus rechtlicher Wertung von Sachumständen ergeben; im Prozessrecht spricht man auch (im Gegensatz zu "Beweis") von "Substanziierung"; vgl. dazu auch Kap. 2, B III 2 b
- 183) Kap. 2, B I 4 c (Anm. 76)

gend anhand privatrechtlicher Instrumente gelöst werden. Daraus ergibt sich auch, dass es mit der Feststellung von Nachteilen und deren Entstehung im Verlauf einer Kausalkette nicht getan sein kann. Denn wie wir gesehen haben, eignet sich Privatrecht ja gerade nicht dazu, sämtliche einmal eingetretenen Nachteile ausnahmslos 184) zu kompensieren. *Casum sentit dominus* 185) erweist sich somit als eminent privatrechtlicher Grundsatz, von dem aber auch die Ausnahmen durch Regeln des Privatrechts bestimmt werden 186). Eine Abwälzung erlittener Schäden auf Dritte (Schädiger) ist somit ohne Ausnahmeregel auf gesetzlicher Grundlage nicht möglich; durch diese soll ein möglichst gerechter Schadenausgleich erzielt werden. Prof. Dr. HEIN KOETZ erachtet diese selbstverständlich anmutende Erkenntnis als genügend wichtig, um sie als eine grundlegende Feststellung an den Beginn seines Lehrbuches "Deliktsrecht" zu stellen 187):

- 184) Und m.E. auch nicht vollumfänglich! (vgl. Kap. 3, 3. Abschn. A II 2)
- 185) Diese haftpflichtrechtliche Grundregel drückt denselben Gedanken aus, wie der berühmt gewordene Satz des amerikanischen Richters Oliver Wendel Holmes (nachstehend im Text zitiert, bei Anm. 187): Wessen Vermögen vom "Z u f a l l" (schädigend) betroffen wird, kann diesen Schaden nicht abwälzen. So auch § 1311 ABGB: "Der blosse Zufall trifft denjenigen, in dessen Vermögen oder Person er sich ereignet." (Dieser "Zufall" entspricht dem hier verwendeten Begriff "Unglück", vgl. unten Anm. 191). Es dürfte übrigens für die gegenwärtige Situation unseres Haftpflichtrechts bezeichnend sein, dass zahlreiche Autoren es für angebracht halten, mit Nachdruck an diesen Grundsatz zu erinnern, so z.B. Keller 147 (zit. Anm. 169); Oftinger I 33 f; Giovannoni, *causalité* 251; Widmer, Standortbestimmung 300, 318 (und dortige N 69), allgemein auch a.a.O. 329 f; ferner ders. Notizen 207 und fonction 418 sowie dortige Zitate in N 3, 6 und 7; Lanz 37 f; vgl. auch schon Burckhardt (ZSR) 503 ff. Oben Anm. 169; unten 3 d
- 186) Vgl. dazu auch Stark, RZ 11-28 (und dortige Zitate); Keller/Landmann T. 1
- 187) Kötz Hein, Deliktsrecht, 2. Aufl. Frankfurt a.M. 1979, S. 17; Vgl. auch Enneccerus/Nipperdey 1270 ff und Esser, 3. Aufl. 50 ff, 6. Aufl. 107 ff

"2. Schadenzurechnungsgründe. - In allen diesen Fällen stellt sich die grundsätzliche Frage, ob der eingetretene Schaden - es mag sich um materielle (Personen-, Sach- oder Vermögensschäden) oder auch um immaterielle Schäden handeln - von dem Betroffenen hingenommen werden muss oder ob er von einem Dritten die Wiedergutmachung des Schadens oder eine Linderung der Schadensfolgen soll verlangen können. Die Rechtsordnung geht davon aus, dass grundsätzlich jeder Schaden von demjenigen, der ihn erlitten hat, selbst getragen werden muss und dass dem Geschädigten ein Anspruch auf Schadensausgleich nur dann zu gewähren ist, wenn dafür besondere Gründe bestehen: "Sound policy lets losses lie where they fall except where a special reason can be shown for interference" (Holmes, The Common Law [1881]). Das erscheint auch vernünftig. Denn jeder Schaden bedeutet einen Verlust an Werten oder Gütern, der - vom gesamtgesellschaftlichen Standpunkt aus betrachtet - unwiederbringlich ist. Gibt man dem Betroffenen einen Anspruch auf Ausgleich des Schadens gegen irgendeinen Dritten, so wird dadurch für ihn der status quo ante wiederhergestellt, dies aber nur um den Preis, dass man den Ausgleichsbetrag dem Dritten weggenommen hat. Dadurch wird - aufs ganze gesehen - nicht nur nichts gewonnen, sondern sogar noch etwas verloren, weil der Ausgleichsvorgang selbst - seine rechtliche Normierung ebenso wie seine tatsächliche Durchführung - einen weiteren Aufwand verursacht, der nur dann gerechtfertigt ist, wenn sich dafür "besondere Gründe" ins Feld führen lassen."

PIERRE WIDMER drückt denselben Gedanken wie folgt aus 188):

"Ist ein Schaden einmal eingetreten, so lässt er sich nicht damit aus der Welt schaffen, dass er von Titus auf Brutus überwälzt wird. Die bloße Verschiebung von Vermögenseinbussen ist nicht schon an sich ein sinnvoller Vorgang. Er bedarf einer besonderen sozialen Rechtfertigung, wie sie eben nur aus der ethisch fundierten Wertung des schädigenden Verhaltens oder aus dem Gedanken des Risikoausgleichs zu gewinnen ist, nicht dagegen aus der rein faktischen Kausalität oder aus einer diffusen Billigkeitsidee, die aus dem Schadenersatz eine vom Zufall auferlegte Reichtumssteuer macht."

188) Widmer, Standortbestimmung 328

Wenn somit der im Verlauf einer Kausalkette entstandene Nachteil als tatsächlicher Vorgang eine erste unabdingbare Voraussetzung jeder haftpflichtrechtlichen Sanktion ist und in diesem Sinn haftungsauslösende Funktion ausübt, so müssen die einmal festgestellten Tatsachen von Seiten der Rechtsordnung noch gewichtet und bewertet werden; denn erst dadurch kann sie unter unzähligen solcher Vorgänge (Zufügungen von Nachteilen) denjenigen herausgreifen, wo "eine Korrektur des blind waltenden Schicksals" 189) nach privatrechtlichen Grundsätzen als richtig erscheint, indem der entstandene Nachteil auf angemessene Weise ausgeglichen wird. Dadurch ergibt sich zugleich eine erwünschte Begrenzung der Schadenersatzpflicht in qualitativer, wie in quantitativer Hinsicht: die Schadenersatzansprüche sollen in "vernünftigen" Grenzen gehalten werden 190).

Im Sinne von *casum sentit dominus* ist jeder erlittene Nachteil ein "U n g l ü c k" für den Betroffenen 191); er trägt dann die Folgen des "Allgemeinen Lebensrisikos" 192). Ausnahmen bestimmt die Privatrechtsordnung, und zwar im Fall von "U n r e c h t"; dieses liegt ausserhalb des allgemeinen Le-

189) Oftinger I 37; vgl. GMK 160

190) Hinweise auf Oftinger und auf weitere Anm. oben in Anm. 49

191) ...also im Fall von Zufall oder "Höherer Gewalt"; vgl. dazu Horn 26: "Die Begriffe Unglück, Zufall und höhere Gewalt können somit als Gegensatz zum Rechtswidrigen verstanden werden" - vgl. insbesondere auch Horns vorangehende Ausführungen zum Begriffspaar Unrecht-Unglück. In dieser Arbeit allerdings kann "Rechtswidrigkeit" (Widerrechtlichkeit) nicht mit "Unrecht" gleichgesetzt werden, da die Terminologie aus verschiedenen Gründen nicht ganz mit derjenigen Horns übereinstimmt; dazu Einzelheiten im folgenden; vgl. auch Kap. 2, C II 5

192) So der Titel einer Arbeit von Matthias Mädrich, siehe Literaturverzeichnis; vgl. dazu Kap. 3, 4. Abschn. B I und II

bensrisikos und stellt vielmehr die Verwirklichung eines "gesteigerten Lebensrisikos" dar, woran die Rechtsordnung Haftpflichtfolgen knüpfen kann 193). Der Begriff des Unrechts bedeutet in diesem Zusammenhang folglich eine rechtliche Bewertung von tatsächlichen Vorgängen als ungerechtfertigt, illegitim oder nicht schützenswert 194). Sie begründet ("rechtfertigt") eine Zurechnung des Nachteils, mithin dessen Ueberwälzung auf einen andern, den "Schädiger", welcher ebenfalls durch diesen Vorgang normativer Wertung zu bestimmen ist. Dasselbe dürfte gemeint oder bezweckt sein, wenn in der Doktrin von "Zurechnungstheorien" 195), "Haftungsgründen" 196), "Haftungstatbeständen" 197), "Zurechnungs- oder Haftungsprinzipien" 198) die Rede ist.

2. Zurechnung 199) als normative Wertung

Unter Zurechnung ist also die Prüfung des "Unrechts" einer

- 193) Mädrich, bes. 37 f. "Gesteigert" entspricht in diesem Sinn dem weiter oben verwendeten Ausdruck "qualifiziert", vgl. oben bei Anm. 57 sowie unten V 5
- 194) Oben A I 3 b a.E., vgl. auch die dort angesprochenen Zusammenhänge, bes. I 1 und 3 a
- 195) Vgl. etwa Lauri 34 ff (§ 4 und 5); Maurer 15 ff; Lanz 94 ff usw. Die in Anm. 191 genannten Begriffe "Zufall" und "Höhere Gewalt" segeln oft auch unter der Flagge "Inadäquanz", vgl. dazu Lauri 47 und Maurer, bes. 29 und 32 ff; Widmer Notizen 208, 210; sowie (allgemein) Oftinger I 108 ff. Der Gegenbegriff "Adäquanz" bedeutet konsequenterweise "angemessene Zurechnung" (vgl. Horn 61), also eine normative Wertung von Sachverhalten (Nachteilszufügung) anhand von Kriterien wie Widerrechtlichkeit, Verschulden oder Zusammenhang mit qualifizierten Schadenspotentialen; dann liegt nach der hier aufgebauten Konzeption "Unrecht" vor. Der Adäquanzbegriff wird in dieser Arbeit verschiedentlich in diesem Sinn verwendet, als Angemessenheit der Haftung (vgl. z.B. oben Anm. 152, unten V 5, bes. bei Anm. 228, vgl. Anm. 240; Kap. 2, B, Anm. 165 ff, bei Anm. 207, Anm. 210, nach Anm. 215, bei Anm. 224 ff, Anm. 230; C, Anm. 90, bei Anm. 127, 137 f; Kap. 3, 3. Abschn., Anm. 26; vgl. auch die Kritik zur Adäquanztheorie Kap. 2, B II 2 c)
- 196) Z.B. GMK 160 ff (de lege lata)

erlittenen Schädigung oder - im weiteren Sinn - eines Nachteils zu verstehen, und zwar im Sinne einer normativen Wertung dieses Vorganges oder Sachverhaltes nach der Rechtsordnung 200).

Im weiteren sind für uns folgende Erkenntnisse HORNS zum Zurechnungsbegriff wichtig:

- "Jede Zurechnung erfolgt im Hinblick auf eine Rechtsfolge" 201). In unserem Fall besteht diese in der Haftung (Schadenersatzpflicht) des Schädigers.
- "Wegen seiner umfassenden Bedeutung ist der Begriff der Zurechnung zum rechtlichen Nachteil 202) nur in seiner Aufgliederung in verfügbare Unterbegriffe verwertbar" 203).

197) Esser, 3. Aufl. 50 (ff), 6. Aufl. 107 (ff) (de lege lata)

198) Esser, 6. Aufl. 107 ff, 110 ff und 118 ff; 3. Aufl. 51 ff. Unten Anm. 220 (de lege ferenda)

199) Allgemein zum Begriff der Zurechnung vgl. Horn 62 f. Die dortige Begriffsentwicklung unterscheidet sich verschiedentlich von meiner; immerhin bezieht auch Horn seinen Zurechnungsvorgang (S. 78 ff, § 7 I: "Die vier Schritte der Zurechnung") auf einen (bereits feststehenden bzw. festgestellten) Lebenssachverhalt; als "erster Schritt der Zurechnung" (S. 78) gilt bei ihm "die Zurückführung eines Ereignisses auf einen Menschen im sozialen Zusammenhang" (S. 74), wobei es darum gehe, "gleichsam mit dem Stechzirkel aus der endlosen Kausalkette einen ganz bestimmten Kausalnexus herauszugreifen, der ein menschliches Verhalten mit einem Ereignis verbindet" (S. 73). Diese Formulierung entspricht genau der Vorstellung, welche ich hier zu vermitteln versuche

200) Känzig 119 (Mitte): "Es handelt sich also bei dem zu bewertenden Unfalle..". Auf Relativierungen dieser Aussage wird noch hinzuweisen sein (vgl. Kap. 2, A III und B III); es geht um Rechtsfragen: vDäniken 32 ff m.w.H.

201) Horn 62

202) ...nämlich das für den Schädiger negativ lautende Urrechtsurteil, das ja mit für ihn unangenehmen Haftpflichtfolgen verbunden ist (vgl. dazu Horn 124 unten)

203) Horn 62; er betont jedoch alsogleich die Notwendigkeit, den Bezug zum Ganzen dabei nicht zu vernachlässigen.

Diese Unterbegriffe 204) sind aus dem Gesetz, aber vor dem Hintergrund rechtspolitischer Rahmenbedingungen zu entwickeln.

3. Rechtspolitische Rahmenbedingungen

Im Anschluss an vorangehende Ausführungen zum privatrechtlichen Charakter des Haftpflichtrechts ist es am Platz, nochmals eine Aussage PIERRE WIDMERS zu zitieren, welche die hier zu behandelnden Schwächen der Rechtslehre m.E. in absolut zutreffender Formulierung beleuchtet 205):

"Ich kann mich auch nicht einfach dabei beruhigen, dass die Praxis mit ihrem sicheren Gespür die Dinge schon ins Lot bringen werde, wenn unser Recht - das Schadenersatzrecht gehört auch dazu - wissenschaftlich fundiertes Recht bleiben soll. "Wissenschaftlich fundiert" in dem gleichzeitig bescheidenen und anspruchsvollen Sinne, dass es rational nachvollziehbar, überprüfbar, aber auch an elementaren Werten einer freiheitlichen Ordnung orientiert bleibt. Zu diesen Grundwerten rechne ich als einen der vornehmsten den Gedanken der Verantwortlichkeit. Aus ihm schöpft das Schadenersatzrecht seinen Gerechtigkeitsgehalt, an ihm findet es aber auch seine Grenzen."

Mit den grundlegenden, und wohl für das gesamte Haftpflichtrecht bestimmenden Gedanken sind - schlagwortartig - etwa folgende Teilaspekte berührt 206):

204) Oben Anm. 17; im einzelnen dazu unten, 4, 5; VI sowie insb. Kap. 2, C I 2 und 3, II

205) Es handelt sich um folgende Stelle: Widmer, Standortbestimmung 328, auf die übrigens schon früher etwa hingewiesen wurde. Sie zeigt auch, dass persönliche Ueberzeugungen und generelle Anschauungen in diesen Belangen eine bedeutende Rolle spielen, die man nicht verleugnen soll (vgl. die einleitenden Bemerkungen oben II). Das grundsätzliche Bekenntnis der schweizerischen Privatrechtsordnung zum Prinzip der Privatautonomie (vgl. oben A, Anm. 79) hat nach wie vor Gültigkeit

206) Vgl. oben II 2 b a.A.

a) Billige Risikoverteilung:

in jedem konkreten Fall möglichst angemessene Abgrenzung von Risikobereichen gegeneinander;

b) Verhältnismässigkeit:

betrifft eine wünschbare Wechselwirkung zwischen dem haftungsbegründenden Tatbestand 207) und der daran durch die Rechtsordnung anzuknüpfenden Schadenersatzpflicht 208); diese hat ja neben ihrer Ausgleichs- im Bereich der Verschuldenshaftung immer auch eine gewisse Sanktionsfunktion 209), was hier zu beachten ist;

c) Individuelle Eigenverantwortung:

vernünftige Möglichkeiten, die massgeblichen Faktoren im voraus abschätzen und abwägen zu können; im Kausalhaftungsrecht entspricht dem - so hässlich es klingt - eine gewisse Kalkulierbarkeit (der unvermeidlichen Schäden) 210);

d) Haftungsbegrenzung:

Beschränkung der Ausgleichsansprüche Geschädigter auf die

207) Vgl. oben Anm. 196 ff: Haftungsgrund, Zurechnungsprinzip, Haftungstatbestand oder ähnliche Ausdrücke. Konkret: schuldhaftes menschliches Verhalten oder besondere Risikopotentiale, vgl. dazu unten Kap. 2, C I 2 und 3

208) Es wäre mein persönliches Anliegen, dass die Intensität des Zusammenhanges zwischen Haftungstatbestand und entstandenem Schaden sowohl im Bereich der Verschuldens-, wie in demjenigen der Kausalhaftung bei der Schadenersatz**bemessung** vermehrt in Rechnung gestellt werden könnten, vgl. dazu Kap. 3, 3. Abschn. A II 2, bes. e

209) Diese ist nicht zu verwechseln mit der Pönalfunktion, auch wenn sie mit ihr gewisse Ähnlichkeiten hat (oben II 5 a.E.); will die Rechtsordnung Recht bleiben, so kann sie die Widerrechtlichkeit der Haftungstatbestände nicht einfach sanktionslos hinnehmen; deshalb gilt auch für die Kausalhaftungen Entsprechendes

210) Vgl. dazu plastisch Oftinger, Schädigungspotential; vgl. oben II 5 (bei) Anm. 89 m.w.H.

erwähnte, angemessene Verantwortlichkeit des Schädigers und damit verbunden die Absage an teilweise um sich greifende Begehrlichkeits- und Bereicherungstendenzen bei gewissen Geschädigten 211).

4. "Unwerturteil" in der Verschuldenshaftung

Nomen est omen: das Verschulden (Culpaprinzip) wird gemeinhin als das höchste, überzeugendste und allumfassendste Schadenszurechnungsprinzip gefeiert, dem etwa mit der Kausalhaftung nur eine eher dürftig begründete Notlösung gegenübersteht 212). Nach meiner Ueberzeugung liegt dieser Auffassung (unversehens?) ein Verschuldensbegriff zugrunde, der die Widerrechtlichkeit bereits mitumfasst 213). Will man Widerrechtlichkeit und Verschulden begrifflich einigermassen überzeugend auseinanderhalten, so muss ein Verschuldensbegriff gebildet werden 214), aus dem diese "Missbilligungselemente" soweit als möglich herausgetilgt sind, aus denen das Unwerturteil besteht und das die erwähnte Bedeutung des Verschuldens als Haftungsprinzip ausmacht. Zu diesem Zweck ist danach zu streben, die ursprüngliche Bedeutung des

- 211) Vgl. oben Anm. 169 und (bei) 185; ob hier wohl in Anlehnung an das Schlagwort der "Versicherungsneurose" dasjenige der "Schadenersatzneurose" zu prägen wäre?
- 212) Oben II 3 a; Oftinger I 14 f (vgl. auch 16 oben), 33 ff (vgl. dortigen Hinweis in N 122!) sowie 138 f; ders. SJZ 39 (1943) 547; GMK 161; Strickler 9 ff; Widmer, u.a. (kritisch) Gefahrensatz 320, (allgemein) Standortbestimmung, bes. 294, vgl. auch 329 und 295, 297; Tercier, fondements 5 (ff); Känzig 15 f; Giger 373 (N 15); Furgler 5. Besonders deutlich Homberger 1a f und 16a ff (mit Hinweis auf Rümelin [zit. oben Anm. 165] in N 35!)
- 213) So der Begriff faute im französischen Recht, dazu im einzelnen Kap. 3, 1. Abschn. A I 2. Damit dürfte es zusammenhängen, dass Esser (6. Aufl. 110) in diesem Zusammenhang auch von "Unrechtsprinzip" spricht; vgl. allgemein dazu Kap. 2, C III 1 m.w.H. Illustrativ auch Homberger 31a, N 58 a.A.; vgl. ferner Kap. 2, C I 2 d
- 214) Ein Versuch in dieser Richtung wird in Kap. 2, C I 2 unternommen; vgl. auch Kap. 3, 3. Abschn. A I

Begriffs wieder deutlicher herauszuschälen 215), wobei sich zeigen wird, dass Widerrechtlichkeit die objektive, Verschulden die subjektive Seite des Unwerturteils bildet 216).

Diese Erkenntnis bestärkt sich, wenn man betrachtet, wie z.B. OFTINGER die Begriffe handhabt. Er sagt, dem Verschuldensprinzip liege die Ueberlegung zugrunde, dass nur "tadelnswertes Verhalten die Auferlegung einer Ersatzpflicht rechtfertige" 217); weiter hinten führt er zum Verschuldensbegriff aus, dieser setze immer Rechtswidrigkeit voraus 218). Das bedeutet doch nichts anderes, als dass Widerrechtlichkeit als Teilaspekt des Begriffs Verschulden aufgefasst wird. VON BUEREN drückt denselben Gedanken aus, wenn er zu erkennen gibt, dass nur auf "vorwerfbare" Weise von Dritten herbeigeführte Vermögenskonstellationen zum Ausgleich verpflichtet sollen 219).

Zusammenfassend: der Haftungsgrund bestimmt den normativwertenden Zurechnungsvorgang. Dieser besteht bei der Verschuldenshaftung aus den Faktoren Verschulden und Widerrechtlichkeit. Bedeutet "Haftung" Korrektur von Unglück durch die Rechtsordnung im Fall von "Unrecht", so besteht der Grund dafür bei der Verschuldenshaftung aus einem negativen Werturteil (Unwerturteil) hinsichtlich der als haftungsauslösende Vorgänge ermittelten Tatsachen.

215) Zu diesen Grundgedanken im wesentlichen gl.M. Homberger 22a f; vgl. auch Horn 89; ferner Anm. 214 und 219; oben III 2 c

216) Kap. 3, bes. 3. Abschn. A III; Enneccerus/Nipperdey § 209 ff

217) Oftinger I 15

218) Oftinger I 139; vgl. Kap. 2, C I 2 d bb a.A.

219) VBüren 107 und 256 (ff); "Vorwerfbarkeit" umfasst nach ihm Verschulden und (bzw. oder) Widerrechtlichkeit (258), vgl. unten Kap. 3, 1. Abschn. A II 2 a (vgl. auch oben A I 3 b a.E.)

5. "Vorteilsausgleich" bei der Kausalhaftung

Genügt im Bereich der Verschuldenshaftung das "Verschulden" allein nicht als Haftungsprinzip 220), sondern ist zur Qualifikation als "Unrecht" dort ein Unwerturteil 221) erforderlich, so verhält es sich hier ebenso mit der Widerrechtlichkeit, welche allein als Schadenszurechnungsgrund nicht ausreicht. Dass im Privatrecht auch der "soziale Gedanke" diese Funktion nicht allein erfüllen kann - auch wenn er vielleicht in untergeordneter Weise noch durchaus mitspielen mag -, habe ich bereits darzulegen versucht 222).

Aehnlich der "Haftung für erlaubte Eingriffe" 223) besteht das "Unrecht" hier in einem für den einzelnen Betroffenen nicht zumutbaren Sonderopfer, das er ohne rechtliche Korrektur durch das Institut der Kausalhaftung im Fall einer widerrechtlichen 224) Verwirklichung von Risiken erbringen müsste, deren Schädigungstendenz voraussehbar, abschätzbar, ja geradezu statistisch ziemlich genau erfassbar ist 225)

220) (Oben Anm. 196 ff). Haftungs- oder Zurechnungsprinzip ist eigentlich die rechtspolitische Rechtfertigung einer Schadensabwälzung, deshalb auch Haftungsgrund genannt; im Gesetz ist der entsprechende Gedanke als "Haftungstatbestand" niedergelegt

221) Bestehend aus Widerrechtlichkeit und Verschulden

222) Oben II 2 b (a.E.); vgl. Anm. 165. Man muss sich darüber klar sein, ob man Ausgleichsprobleme mit privater oder mit - tendentiell ursachenunabhängigen (oben II 4 a.A.) - öffentlich-rechtlichen Mitteln lösen will (oben II/A III 1). Anders etwa auch die einleitenden Sätze bei Oftinger I 16; vgl. dazu Widmer, Standortbestimmung 295 f; anders auch Strickler 2 oben, 7 und 97 a.E. Vgl. dazu allg. Bullinger, zit. Anm. 51, 306 ff

223) Vgl. das Schema, oben III 1 (Anm. 99)

224) Oben II 3 c bb und 4, vgl. bes. Anm. 53 und 71,

225) Dazu nochmals das Bayrische Eisenbahnurteil (zit. Anm. 75): Eine Handlung sei schuldhaft, "wenn der Handelnde wissen musste, dass sein Thun einen Schaden verursachen könne, und er dessen ungeachtet die Handlung vornahm." Vgl. im übrigen (als Beispiel) auch Oftinger, Schädigungspotential, 198 ff; ferner oben, bei Anm. 210

und die im Hinblick auf anderweitige Vorteile eben in Kauf genommen und erlaubt werden 226). Das Unrecht beruht in diesem Bereich weniger auf einem Unwerturteil, als viel eher auf dem Prinzip des "V o r t e i l s a u s g l e i c h s" 227).

Das dem Verschulden als subjektives Anknüpfungs- oder Zurechnungskriterium entsprechende Haftungserfordernis muss hier also auf folgender Ebene gesucht werden: lässt sich der entstandene Nachteil "adäquat" 228) auf die einem bestimmten Zustand 229) innewohnende, qualifizierte 230) Schädigungstendenz zurückführen 231), mit anderen Worten, entspricht er der Auswirkung eines "qualifizierten Schädigungspotentials" 232), um deretwillen die Kausalhaftung geschaffen wurde?

226) Vgl. Strickler 1 f, 3 ff, 43 sowie 149 ff; weitere Hinweise unten in Anm. 233 ff

227) Oben II 3 b, c bb, vgl. 4 sowie III 1 (Schema); Widmer, Standortbestimmung, bes. 313; Stark, Probleme 163 ff m.w.H.; Tercier, fondements 11; vgl. unten, Anm. 233

228) Vgl. Anm. 195 m.w.H.

229) Oben II 3 c bb. M.E. kann Kausalhaftung somit nie als "Haftung für Zufall" verstanden werden (so Oftinger I 84 f, vgl. - wohl nicht ganz konsequent 19 f; aber mit einem anderen "Zufallsbegriff")

230) Gesetzlich umschriebene, also normierte Risiken sind die vom (gesetzlichen) Haftungsgrund erfassten, die "zurechenbaren" wo der "Haftungszusammenhang" gegeben ist (Stichworte Verschuldenszusammenhang, Widerrechtlichkeitszusammenhang, Normzwecklehre, dazu Kap. 3, 4. Abschn.). Solche spezifischen Gefahrenzustände erfüllen eine ähnliche Funktion bei der Arbeit von Mädrich, der versucht, ein "gesteigertes" vom "allgemeinen Lebensrisiko" zu unterscheiden (vgl. bes. S. 18, 21 ff und 37 f), oben II 3 c bb, bes. Anm. 57, und 4, bes. Anm. 70 sowie oben Anm. 192 f

231) Vgl. dazu auch Kap. 2, C, bes. I 3. Vgl. auch Keller/Landmann T. 61 ff

232) vBüren 241 (vgl. auch Kap. 3, 1. Abschn. A II 2 a) sowie Oftinger, Schädigungspotential; vgl. ders., Gefährdungshaftung, bes. 3 ff

Darin ist das Haftungsprinzip zu erblicken, welches im Bereich der Kausalhaftungen den Zurechnungsvorgang bestimmt.

Subjekt der Haftpflicht als der für dieses Schädigungspotential Verantwortliche ist derjenige, der es geschaffen hat und in erster Linie, nämlich auf direktem Weg seinen Nutzen und seine Vorteile in Anspruch nimmt; denn er ist es auch, der die Bedingungen für den Schadenseintritt "im eigenen Interesse schafft und - wenigstens organisatorisch - zunächst auch beherrscht" 233). Er hat somit auch die Möglichkeit, solche Risiken je nach der Wettbewerbs- bzw. Marktsituation auf allfällig vorhandene, indirekt von deren Nutzen profitierende "Benützer" der Gefahrenquelle wirtschaftlich abzuwälzen und aufzuteilen 234). Insofern ist somit auch im Bereich der Kausalhaftungen als "responsabilités objectives" der Ansatz bzw. Anknüpfungspunkt durchaus "subjektiv", nämlich subjektbezogen 235); das hier geschilderte subjektive Element als Anknüpfungskriterium an den gesetzlichen Haftungstatbestand tritt bei den Kausalhaftungen an die Stelle des Verschuldensmerkmals bei der Verschuldenshaftung 236).

233) Widmer, Standortbestimmung 313 N 56 m.w.H. Ebenso vCaemmerer, Schriften I 468 f, ders., Schriften III 249 f; allg. Esser, 6. Aufl. 113; i.w. entsprechend Perrig, Kausalität 297 f; vgl. auch den oben in Anm. 77 erwähnten, noch nicht veröffentlichten BGE; oben II 3, bes. b; 4, bes. bei Anm. 68; Oftinger II/1 1 ff

234) Oben II 5, bei Anm. 89; vgl. die Zit. oben, Anm. 233

235) Giger 374; Widmer, Standortbestimmung, vgl. insb. 295, N 17; 310 ff, 316 f (sowie oben Anm. 167); Keller 33 ff. Im Bereich der gewöhnlichen Kausalhaftungen kann sich das Schädigungspotential durchaus auch aus Verschuldenselementen herleiten, vgl. dazu Giger 375 und oben II 3 c bb, bes. bei Anm. 54 und 63 sowie 4 a.E., bes. bei Anm. 73. In dieselbe Richtung gehen zweifellos auch die Ueberlegungen Hombergers (vgl. bes. S. 3a ff, 6a, 9a ff, 14a, 22a etc.); vgl. Burckhardt (ZSR) 522 ff; unten VI 2, letzte Anm., sowie allg. Kap. 2, C I 3

236) Dass die subjektiven Anknüpfungskriterien "Verschulden" und "Betriebsgefahr" auf der gleichen rechtlichen Ebe-

Seine Tragfähigkeit wird dieses privatrechtliche Prinzip 237) dort verlieren, wo eine anonyme Allgemeinheit als hauptsächliche Nutzniesserin des schadenträchtigen Zustandes erscheint. Dann, aber erst dann muss "sie" das Risiko tragen, wobei es naturgemäss von vornherein und von Staates wegen auf die einzelnen Angehörigen zu verteilen sein wird; dies ist dann die Einführung der erwähnten generellen Versicherungslösung als begründeter rechtspolitischer Entscheid, und es bedeutet zugleich eine Grenze der Möglichkeiten privaten Kausalhaftungsrechts 238).

VI. Haftpflichtrechtliche Instrumentarien

1. Deliktsrecht (i.e.S. 239))

Art. 41 OR nimmt im Schadenersatzrecht, ja in gewisser Hinsicht im gesamten Haftpflichtrecht, eine zentrale Stellung ein. Es kann festgehalten werden, dass gewisse Grundzüge der darin genannten Begriffe weit über die reine Verschuldenshaftung hinaus Bedeutung und Gültigkeit erlangt haben. Die allgemeine ausservertragliche Verschuldenshaftung wird an fol-

ne liegen, zeigt sich z.B. auch in ihrer Funktion als Elemente der Haftungskompensationslehre, vgl. dazu Stein 68 ff m.w.H. Ebenso Zit. Stark oben bei Anm. 168

237) ...der *iustitia commutativa*, oben II, bei Anm. 20 und bei Anm. 38

238) Vgl. Widmer, *fonction*, bes. 423 f; oben II bei Anm. 21

239) In der hier gewählten Terminologie ist damit das Recht der Verschuldenshaftung gemäss OR 41 gemeint, vgl. dazu das Schema oben III 1, ferner A IV 1, Anm. 112 m.w.H. Von anderen Haftungsformen als den hier genannten (Deliktsrecht und Kausalhaftungsrecht, unten 2) soll fortan nicht mehr die Rede sein; neben den bisher erkannten und gezeigten grundsätzlichen Parallelen lassen sich die weiteren Erkenntnisse im einzelnen nicht einfach übertragen; so ist z.B. das Verschulden im Deliktsrecht zu eng mit der Widerrechtlichkeit begrifflich verflochten, als dass ihm im Vertragsrecht genau dieselbe Bedeutung zukommen könnte (vgl. oben III 3 d 1), [bei] Anm. 152a)

gende vier Grundvoraussetzungen geknüpft, welche - wie man nun leicht erkennt - den "Wesensmerkmalen der Haftpflicht" 239a) entsprechen:

- Eintritt eines Schadens in (fremdem) Vermögen
- dessen Zufügung durch einen "Schädiger" (Kausalität)
- mit Absicht oder aus Fahrlässigkeit (Verschulden)
- durch widerrechtliches Verhalten (Widerrechtlichkeit) } "Unrecht"

Sowohl die Bezeichnungen, als auch die Gliederung können ohne weiteres direkt dem Text von Art. 41 Abs. 1 OR entnommen werden. Diese Haftungsvoraussetzungen bilden das rechtliche Instrumentarium zur Beurteilung von Schadenersatzansprüchen aus Delikt: sie stellen die rechtliche Handhabe zur Erreichung des Zwecks von Schadenersatzrecht dar, welcher im Ausgleich von ungerechtfertigt eingetretenen Vermögenseinbussen besteht. Die einzelnen Haftungskriterien - wie man sie somit kennen könnte - des genannten Instrumentariums sind zugleich notwendige und genügende Bedingungen einer deliktischen Haftbarkeit: fehlt eines, so darf nie, sind alle vorhanden, so muss immer Schadenersatz gesprochen werden. Die Zulassung, aber auch die Verweigerung von Ersatzansprüchen aus Verschuldenshaftung muss in der Praxis, wie in der Doktrin anhand dieser vier Merkmale begründet werden 240).

239a) Oben I 2

240) Diese Erkenntnis dürfte etwa bei der Frage der Abwälzung von Reflexschäden durchaus vermehrt Beachtung finden, vgl. etwa Oftinger I 64 f; anders jedoch Frei 87 und (neuerdings) BGE 102 II 89 (=Pra 65 Nr. 154 E. 6 c): "Die Frage, ob die Klägerinnen mittelbar oder unmittelbar geschädigt sind, deckt sich also mit jener nach der Widerrechtlichkeit der inriminierten Handlung". Näheres dazu Kap. 3, 4. Abschn. B III 1 ff. Die Adäquanz ist nach meinem Dafürhalten nicht ein selbstständiges (quasi fünftes) Haftungserfordernis, sondern bezeichnet gleichsam die Erfüllung der Merkmale Widerrechtlichkeit und Verschulden, also die rechtliche Angemessenheit einer Schadenszurechnung (oben Anm. 195 m.w.H.)

Deshalb wird dieses deliktsrechtliche Instrumentarium auch mit wenigen Nuancen von der gesamten schweizerischen Rechtslehre, nicht zuletzt zum Zweck einer systematisch, didaktisch und methodisch klaren Darstellung übernommen 241) 242). OFTINGER nennt die vier Voraussetzungen "das eiserne Beweisthema des Haftpflichtklägers" 243).

Rechtsvergleichende Untersuchungen ergeben, dass dieses "Schema" materiell fast universelle Geltung beanspruchen kann 244). Eine ganz moderne deliktsrechtliche Bestimmung des niederländischen Rechts, auf welche LANZ hinwies, als sie (noch?) keine Gesetzeskraft hatte 245), gibt der Schadenszurechnung und deren einzelnen Schritten eine andere

241) Oftinger I 53-169 (§§ 2, 3, 4 und 5); Keller 38; GMK 164; Kommentar Becker N 1 zu OR 41; Kommentar Oser/Schönenberger N 2 zu OR 41; vTuhr I 408; Känzig 18 ff); Merz 305; (mit Nuancen:) Deschenaux/Tercier 37 ff; Keller/Landmann T. 9; Furgler 6 ff; Frei 87; Engel, Kap. 25-28; Stark RZ 439 f

242) Etwas anders etwa Desax 6 ff; vBüren 42 ff, 238 ff und 265 ff; wenig klar Müller 4 ff

243) Oftinger I 48; vgl. auch Giger 381 N 62, 63: "zwingender Voraussetzungskatalog...", ähnlich Perrig, WR 329, Kausalität 302

244) Känzig 6 ff, bes. 15-17, wo er das Deliktsrecht von Frankreich, Belgien, Italien, Deutschland, Schweden, Dänemark und Norwegen, England, Griechenland untersucht; vgl. auch Oftingers Hinweis auf Länder mit marxistischer Rechtskonzeption, Bd. I 15 bei N 44; ders. allg. 49 f; Baader, 1. Kap. (S. 1-70); ebenso Horn 78 ff

245) "Buch 6, Titel 3, Art. 2:

(1) Die Schadenersatzpflicht erstreckt sich auf den Schaden, der bei Begehung der Tat mit hinreichendem Grad von Wahrscheinlichkeit als Folge vorauszusehen war, es sei denn, dass die verletzte Norm sich nicht auf den Schutz vor solchem vorhersehbarem Schaden erstreckt, wie ihn der Verletzte erlitten hat.

(2) Derjenige, der gegen eine gesetzliche Pflicht verstösst, begeht eine unerlaubte Handlung gegen jeden, der infolgedessen einen Schaden erleiden kann, der zum Zeitpunkt der Begehung der Handlung mit hinreichendem Grad von Wahrscheinlichkeit als Folge vorauszusehen ist,

Formulierung, geht aber im Grunde von den genau gleichen vier Voraussetzungen der ausservertraglichen Schadenersatzpflicht aus.

2. Kausalhaftungsrecht

Es unterliegt keinem Zweifel, dass auch diese Haftungsform in erster Linie die haftungsauslösenden Faktoren Schaden und Kausalität voraussetzt. Auch die Widerrechtlichkeit wird zumeist ausdrücklich als weitere Haftungsvoraussetzung für die verschiedenen Kausalhaftungen genannt 246). Dass dieses Merkmal in den einschlägigen Bestimmungen im OR (gewöhnliche Kausalhaftungen) und in den Spezialgesetzen (Gefährdungshaftungen i.e.S.) kaum je ausdrückliche Erwähnung findet, deutet darauf hin, dass seine Bedeutung hier viel geringer ist und auch kaum je zu Zweifeln Anlass gibt 247); die Wi-

es sei denn, dass die übertretene Gesetzesbestimmung einen anderen Zweck hat." Zitat und Nachweis bei Lanz 206 f N 468; vgl. auch Deschenaux, norme N 65 und 79 (m.w.H.)

- 246) Oftinger I 135; Keller 69, 105, 119, 168...; Homberger 22a f; Keller/Landmann T. 9; Giovannoni, dommage indirect 49 (implizit); Stark RZ 526, 579, 639, 703, 794, 843...; Horn 24 f, 53 ff, 102, 125, 158 ff; Becker N 8 zu OR 55; vTuhr I 447 (OR 55); Stark, ZSR 86 (1967) II 164 N 19 m.w.H. Praxis: in den BGE kaum je ausdrücklich erwähnt, weil nicht als Merkmal in den Gesetzesbestimmungen enthalten, aber erkennbar in BGE 70 II 94; 80 II 251; 85 II 241; 94 II 106; 97 II 223 ff; 102 II 89. Anders noch GMK 4. Aufl. 1948, 140; Homberger 30a und Deschenaux/Tercier, 1. Aufl. 44 (was hier mit einem besonders gefassten Widerrechtlichkeitsbegriff zu erklären ist; allerdings führt diese Konzeption m.E. wieder zu einer unnötig verwirrenden Durchsetzung der Widerrechtlichkeit mit Verschuldenselementen ["..violation du devoir de diligence", vgl. dazu oben II 3 c bb und 4, a.E.] und übergeht die mögliche Erklärbarkeit mittels einer Betrachtungsweise als "Zustandshaftung"; vgl. auch die kritischen Bemerkungen von Widmer, ZBJV 121 [1985] 66 sowie Kap. 3, 1. Abschn., bes. B II)
- 247) Vgl. Stark RZ 522-524, wo er zwei Beispiele anführt, welche beide die Geschäftsherrenhaftung (OR 55) betreffen, die übrigens auch (bezeichnenderweise) die meisten der oben (Anm. 246) zit. BGE; weitere Hinweise in BGE 97 II 223 (unten); Oftinger I 128 (oben)

derrechtliche liegt meist auf der Hand 248).

Verschulden ist hingegen hier bekanntlich nicht allgemeines Haftungserfordernis. Ihm entspricht hingegen ein anderer subjektiver Anknüpfungspunkt, welcher als viertes Zurechnungskriterium für Kausalhaftungen einer besonderen Beziehung des Haftpflichtigen zum Anknüpfungstatbestand entspricht 249). Er ist durch Auslegung der jeweiligen Haftungsnorm zu ermitteln und kann - in Fällen von gewöhnlicher Kausalhaftung - auch auf einen Mangel an Sorgfalt, also Verschulden, gründen 250).

3. Diese fünf grundlegenden "Requisiten" 251) - Schaden, Kausalität, Widerrechtlichkeit, Verschulden, "subjektive Beziehung" - können ihre haftungsauslösenden bzw. haftungsbegrenzenden 252) Funktionen als Instrumente eines "wissenschaftlich fundierten" 253) Privatrechts nur dann erfüllen,

248) Wie Stark (Grundeigentümerhaftung 166 ff) m.E. völlig richtig darlegt, geht es einfach um die Frage, wie weit reiner Vermögensschaden (kausal) haftpflichtig machen kann; liegt eine Rechtsgüterverletzung vor, so ist die Widerrechtlichkeit eigentlich gar kein Thema mehr (liegt ipso iure vor): Kap. 3, bes. 1., 2. und 5. Abschn.; zum Schutz vor reinen Vermögensschäden vgl. Kap. 4

249) Keller/Landmann T. 9; Näheres darüber Kap. 2, C I, bes. 3. Oben B II 3 b, c; 4; III 4, bes. Anm. 168 Zit. Stark sowie V 5

250) Wenn etwa der "Werkmangel" gemäss OR 58 von "fehlerhafter Anlage oder Herstellung oder von mangelhafter Unterhaltung" herrührt, so beruht das Schädigungspotential Werkmangel eben (trotz aller Schärfe dieser Haftung) doch auf einem gewissen Sorgfaltsmangel, vgl. dazu Keller 139 f und oben II 4 a.E. sowie das. Anm. 63, 75, 76 und den dazugehörigen Text, ferner oben Anm. 235

251) So die Ausdrucksweise von W. Burckhardt 240 und Homberger 3a sowie Baader 74 (oben)

252) Dazu gehört insbesondere auch die Eigenschaft dieser "Requisiten", sich für eine praktikable Prüfung sowie für eine überzeugende und nachvollziehbare Begründung von Haftpflichtansprüchen zu eignen (oben 1)

253) Vgl. das Zitat Widmer, oben bei Anm. 205

wenn jedes von ihnen selbständigen Bestand im Sinne eines eigenständigen Anwendungsbereichs hat; nur dann besitzt es überhaupt eine Existenzberechtigung.

VII. Versagen des haftpflichtrechtlichen Instrumentariums?

Es dürfte erkennbar geworden sein, dass die hier einlässlich entwickelte Struktur des Haftpflichtbegriffs mit Nuancen 254) etwa dem von "Altmeister" KARL OFTINGER her bekannten System des (Schweizerischen) Haftpflichtrechts 255) entspricht, als dessen Schöpfer er wohl mit Fug bezeichnet werden darf.

Das System ist nicht unangefochten geblieben. Aus der Gerichtspraxis sind Fälle bekannt, wo die einzelnen Begriffe des haftpflichtrechtlichen Instrumentariums ineinander überzufließen schienen und so scheinbar eines funktional bestimmten, typischen und individuellen Anwendungsbereiches entbehrten 256). In der Literatur wurde denn auch teilweise

- 254) Was die Adäquanztheorie anbelangt, so dürfte die hier vertretene Auffassung allerdings merklich vom herkömmlichen System abweichen, vgl. Kap. 2, B II 2
- 255) Die Grundzüge wurden ja in seinem Gefolge auch von Keller, Stark, Deschenaux/Tercier und Keller/Landmann mehr oder weniger entsprechend übernommen; vgl. Widmer, Literaturanzeige (zit. Anm. 32)
- 256) Das Paradebeispiel ist für mich BGE 82 II 28, wo erklärt wird, das Verhalten eines Skifahrers sei widerrechtlich, weil er den Kläger durch - auf harter Piste - zu grosse, seinem Können nicht angepasste Geschwindigkeit gefährdet habe; das Verhalten sei aber auch fahrlässig, weil er seine hohe Geschwindigkeit trotz harter Piste nicht ("durch vermehrtes Abschwingen oder durch Stemmboegen") vermindert habe; zum Problem der Adäquanz wird dann noch angedeutet, die eingetretenen Folgen lägen nicht ausserhalb der allgemeinen Lebenserfahrung, "zumal bei so hoher, dem Können nicht angepasster Geschwindigkeit und bei so harter Piste", ist man versucht, etwas spöttisch beizufügen. Der Sinn einer Gliederung der Erwägungen in "Widerrechtlichkeit", "Adäquanz" und "Verschulden" wäre so aber nicht mehr einzusehen. Jedem dieser Begriffe muss ein Kernanwendungs-

heftige Kritik geübt, die sich teils auf die Konzeption 257), teils auf die Handhabung 258) der Haftungssysteme bezieht, wobei insbesondere auch die Leistungsfähigkeit einzelner Begriffe des haftpflichtrechtlichen Instrumentariums angezweifelt wurde 259).

Der Eindruck, welcher dabei im Leser entsteht, kann wohl bis zur Vorstellung einer mehr oder weniger beliebigen Austauschbarkeit der Haftungsvoraussetzungen untereinander gehen 260), was die Glaubwürdigkeit juristischer Argumenta-

bereich zugewiesen werden, wenn vielleicht schon keine scharfen Grenzen gezogen werden können, vgl. dazu auch Merz in ZBJV 106 (1970) 86 (zu BGE 94 I 628) und 114 (1978) 131 (zu BGE 102 II 85); ferner etwa BGE 101 II 73 ff; zu Grundzügen der Grenzziehung zwischen Widerrechtlichkeit und Verschulden Kap. 3, 3. Abschn.

- 257) Insbesondere Giger, vgl. etwa S. 373: "Es wäre falsch, jenen mutigen Ausführungen (gemeint ist Widmer, Standortbestimmung 289 ff) die Gefolgschaft zu verweigern, zumal selbst ein halbherziger Einsatz geistiger Kräfte genügt, um hinter der brüchigen Fassade schuldogmatischer Einteilungskriterien die Konturenlosigkeit der vermeintlichen Strukturunterschiede von Haftungsgründen und -modellen zu erkennen..."; Widmer, Notizen, bes. 199-206 und dortige Hinweise; Tercier, fondement 1 ff; 27, Serozan 465 ff
- 258) Vgl. etwa Widmer, Literaturanzeige (zit. Anm. 32) 291 f und die dortigen Hinweise auf Oftinger I (bes. § 3); ferner ders. Standortbestimmung, bes. 305, 319 f, Gefahrensatz 305; Perrig (andeutungsweise), WR 325 und 329 sowie Kausalität 293 und 302; Yung 116 und 124 f; Känzig und Merz, beide zit. in Anm. 263
- 259) Schwierigkeiten bereitet namentlich die starke Verflochtenheit einzelner Begriffe, vgl. Stark RZ 164; Känzig, etwa 22, 34 ff, 123 (unten) f, 133, 139; Lanz (allg.) sowie diesbezüglich Widmer, Notizen 206 ff. Bei gewissen Autoren mündet dieses Problem in die Forderung nach Verschmelzung etwa der Begriffe Widerrechtlichkeit und Verschulden, vgl. dazu Kap. 3, 1. Abschn., bes. A II
- 260) Vgl. Widmer, Standortbestimmung 324; Schwartz 10: ein drastisches Beispiel!

tion in diesen Belangen nicht gerade stärkt. So war mit der Einführung des Adäquanzbegriffs eine deutliche "Subjektivierung" der Kausalitätslehre zu beobachten, wodurch sich beträchtliche Annäherungen und teilweise Ueberschneidungen mit dem Verschulden ergaben 261). Dieses erfuhr eine Objektivierung 262) und war mit der Zeit kaum noch von der Widerrechtlichkeit zu unterscheiden 263). Aber auch den Schadensbegriff kann man so auffassen, dass er praktisch in der Widerrechtlichkeit aufgeht 264).

Trotz all dem ist zu beobachten, dass selbst die Kritiker an den Begriffen festhalten, mit denen auch viel Positives und Bewährtes aufgebaut wurde und die sich doch offensichtlich über bedeutende geographische und zeitliche Räume hinweg durchgesetzt haben.

Die "wissenschaftliche Aporie des Arbeitens mit Begriffen" 265) bringt es ja unter anderem mit sich, dass kaum je scharfe Trennlinien gezogen werden können und mitunter, dass ein solches Unterfangen der Zweckmässigkeit entbehrt. Der Jurist muss sich wie andere Wissenschaftler wohl auch damit

261) Im einzelnen dazu Schwartz, bes. 3 f; vgl. auch Lanz 68 ff; Widmer, Notizen 207 unten f; vgl. auch Kap. 2, B II 2 c bb

262) Oftinger I 143 mit zahlreichen Belegen und Hinweisen in N 21

263) Vgl. Widmer, Gefahrensatz 305 f, Standortbestimmung 305; Perrig, WR 325 m.w.H.; Oftinger I 137 N 46; Keller 72 f; Merz, bes. 315 ff; Känzig, bes. 116 ff und 121 ff; Maurer 19-21; Yung 124 f. Oben II 3 a/b; II 4; III 2 c und 4. Neustens Widmer, recht 4 (1986) 54 ff

264) Giger 380 f(f), bes. N 61; für ihn ist "Substanzschaden" gleich Rechtsgüterverletzung, vgl. dazu Kap. 2, B I 3 a

265) Bucher 24; ich möchte nachdrücklich auf seine dortigen (S. 22 ff) fundierten Ausführungen mitsamt den Verweisungen aufmerksam machen, die zur Abstützung der nachfolgenden Gedanken bestens geeignet sind; vgl. auch die zit. Merz, oben Anm. 256 a.E.

abfinden, dass wegen der Vielfalt der Lebenserscheinungen seinen Bemühungen, Ordnung, Systematik und Begrifflichkeit in den Lehrstoff zu bringen, natürliche Grenzen gesetzt sind. Das hat aber noch nie bedeutet, dass man ganz darauf verzichten soll. Aber es kann ein Fingerzeig dafür sein, sich im Bewusstsein dieser Relativität bei der Bildung von Begriffs- und Gedankengerüsten an einen Rahmen zu halten, der sich eben bestmöglich an den Werten von Angemessenheit, Zweckmässigkeit und praktischer Vernunft orientiert 266). Jedenfalls halte ich auf der anderen Seite auch eine Betrachtungsweise, welche grenzverwischende Gemeinsamkeiten und atypische Verwirrlichkeiten betont, für wissenschaftlich wenig förderlich, didaktisch zumindest ungeeignet, ja unter Umständen kontraproduktiv.

Nachdem einigermaßen nachgewiesen ist, dass die haftpflichtrechtlichen Instrumentarien inhaltlich gemeinhin Geltung beanspruchen dürfen und sowohl in zeitlicher wie in räumlicher Hinsicht weitreichende Anerkennung erlangt haben, sollte man im Grundsatz von der Eigenständigkeit der einzelnen Begriffe ausgehen können, um ihre Verwendbarkeit und Leistungsfähigkeit durchaus kritisch zu überprüfen. Dabei ist auf die charakteristischen, trennenden, individualisierenden Elemente der einzelnen Begriffe besonderes Gewicht zu legen, damit ursprüngliche gedankliche Ansätze wieder erkennbar werden; diese bestimmen funktionale und strukturelle Unterschiede zwischen den Begriffen, wodurch es möglich wird, letztere zu definieren und ihnen die typischen Inhalte zuzuerkennen, welche ihnen schon immer zugedacht waren. In funktioneller Hinsicht ergibt sich so für jeden Begriff des Instrumentariums ein eigener und sinnvoller, nämlich typischer Anwendungsbereich auf dem Weg der Problemlösung.

266) Horn 83 (m.w.H.); vgl auch seine allgemeinen Gedanken S. 150 ff

Kurz, meine Absicht richtet sich nicht auf Verwischung begrifflicher Grenzen, sondern auf den Versuch ihrer Freilegung - soweit möglich und dort, wo sie einigermaßen erkennbar geblieben sind. Dabei erachte ich nicht eine strikt klassifikatorische, sondern eine typologische Betrachtungsweise für sinnvoll, welche erlaubt zu ordnen, ohne den einheitlichen Sinn, den Sinnzusammenhang der "Teile" untereinander und zum übergeordneten Rechtsinstitut zu vernachlässigen. Ich bin überzeugt, dass sich die aus didaktischen, methodischen und systematisch-dogmatischen Gründen bisher gepflegene Unterscheidung der Begriffe vernünftig begründen und rechtfertigen lässt.

2. KAPITEL

SYSTEM UND BEGRIFFE DES HAFTPFLICHT- RECHTLICHEN INSTRUMENTARIUMS

A. Zusammenfassung bisheriger Thesen

In das vorerst oberflächlich ausgebreitete haftpflichtrechtliche Instrumentarium gilt es nun einerseits Ordnung und System zu bringen, andererseits die einzelnen Begriffe näher zu betrachten. Dabei stütze ich mich unter anderem auf die wichtigsten der im vorangehenden Kapitel entwickelten Thesen, welche bei dieser Gelegenheit gleichzeitig zu vertiefen, weiterzubilden und breiter abzustützen sind. Eine erste, grobe Strukturierung ergibt sich aus der Konzeption der Oberbegriffe "Nachteilszufügung" und "Unrecht".

I. Nachteilszufügung

Der so bezeichnete Oberbegriff umfasst die Merkmale Schaden (bzw. immaterielle Unbill) und Kausalzusammenhang; ihre Zusammengehörigkeit stützt sich auf verschiedene Indizien:

- sprachliche 1): die Ausdrücke "schädigen", "zufügen" oder - vor allem im Strafrecht gebräuchlich - "töten", "verletzen", "beschädigen" 2) weisen vom Sprachgebrauch her auf eine Zusammenfassung der beiden Begriffe Nachteil und Kausalität in ein Wort und damit einen Gedanken hin.
- "logisch - erkenntnistheoretische": aus der weiten Umschreibung des Vermögens- und damit Schadensbegriffs einerseits 3), der Vorstellung ununterbrochener und in ho-

1) Kap. 1, B, (bei) Anm. 11 ff

2) Vgl. dazu Gmür R. 14 f

3) Kap. 1, A II, bes. 2; unten B I 1 und 3

hem Mass interdependenter Vermögensfluktuationen, also (haftpflicht-)rechtsrelevanter Vermögensverschiebungen andererseits 4), ergibt sich bei der Ermittlung der beiden Merkmale ein Zwang zu gemeinsamer Betrachtung; so stellt denn auch die Definition des Schadensbegriffs auf bereits vorausgesetzte Kenntnis gewisser Ursachen(ketten) ab 5): beide Merkmale dienen der Schadensermittlung.

- funktionale: ich habe die Funktion des Begriffs Nachteilszufügung als haftungsauslösend bezeichnet 6), weil damit Vorgänge angesprochen sind, welche bei einer Haftungsprüfung als absolut unabdingbare, grundlegende "Ursprungs"bedingungen erscheinen 7); man könnte es vielleicht auch so ausdrücken, dass sie gleichsam den Anstoss zur Geltendmachung oder Prüfung von Haftpflichtansprüchen bilden 8).
- "ermittlungsmethodische": ich nenne die Ermittlung einer Nachteilszufügung Feststellungs- oder Ermittlungsvorgang, weil er vor allem die unmittelbare Erkundung des Sachverhalts zum Gegenstand hat, währenddem das Problem des Unrechts deutlich normativ-wertende Züge trägt. Während der Jurist bei dieser Wertung auf sich allein gestellt ist, also im wesentlichen Rechtsanwendung 9) betreibt, kann er bei den Feststellungen auf Experten und deren Gutachten

4) Kap. 1, A II 3

5) Unten B I 5 d

6) Kap. 1, B IV, bei Anm. 173

7) Kap. 1, B, bes. IV a.A.

8) So dass also weitere Kriterien zur eigentlichen inhaltlichen Prüfung des Anspruches erforderlich sind

9) Rechtsanwendung "i.e.S.", bzw. Rechtsfindung; vgl. zu diesen Begriffen Gygi, Zeitschr. "recht" 1 (1983) 73 (ff) und Meier-Hayoz, Einleitungsartikel ZGB, Skriptum 3. (allerdings nicht neueste) Aufl. Zürich 1979 S. 4 ff und ders., Berner Kommentar N 31 ff zu ZGB 1 m.w.H.

zurückgreifen 10), hat also nichtjuristische Ermittlungsmethoden zur Verfügung. Prozessrechtlich bezieht sich ein allfälliger Beweisversuch auf die Begriffe selbst 11).

Fazit

Die Ermittlung von Schaden und Kausalität erscheint vom Ansatz her als Ermittlungsvorgang, der sich grundsätzlich mit objektiv gegebenen Sachverhalten beschäftigen soll. Die beiden Rechtsbegriffe 12) wirken in diesem Sinn "haftungsauslösend".

II. Unrecht

Sowohl Verschuldens- wie Kausalhaftung setzt Widerrechtlichkeit voraus. Im ersten Haftungssystem kommt das Merkmal des schuldhaften menschlichen Verhaltens hinzu, während das zweite durch das Erfordernis eines Zustandes qualifizierter Schädigungspotentiale (Risiken), welcher je nach dem spezifischen gesetzlichen Haftungstatbestand variieren kann, zu ergänzen ist 13). Jedes der beiden letztgenannten subjektiven Elemente ist eng mit dem objektiven, der Widerrechtlichkeit,

- 10) Dem entspricht im wesentlichen auch die Praxis des Bundesgerichts zu OG 63 II; zu alldem und zur Problematik der Unterscheidung zwischen Rechts- und Tatfragen unten B I 4 sowie II 1 d
- 11) Anders als beim "Unrecht", unten II, Anm. 25, vgl. B II 2 b
- 12) Sie bleiben Rechtsbegriffe, auch wenn sie in erster Linie Tatfragen betreffen, vgl. Kap. 1, B IV a.E.; unten B I 4 b (Mitte)
- 13) Dazu nochmals im einzelnen unten C I 3. Zur vorläufigen Orientierung sei hier angemerkt, dass die beiden genannten subjektiven Elemente (Verhalten bzw. Zustand) getreu den jeweils zugrunde liegenden gesetzlichen (Haftungs-) Bestimmungen an die ("vorbestehende") natürliche Kausalkette anzuknüpfen sind, so dass eine normative (nämlich adäquate, angemessene, juristischer Argumentation zugängliche) Beziehung zwischen entstandener Schädigung und Haftungstatbestand entsteht

verbunden 14). Diese Aussage beruht wiederum auf mehreren Indizien:

- rechtspolitisch: einerseits "Unwerturteil" und andererseits "Vorteilsausgleich" sind ja die Gesichtspunkte, welche die grundlegende Interessenabwägung im Sinne gesetzgeberischer Wertung bestimmen 15). Das dementsprechend einheitliche Element einer missbilligenden Qualifikation, welche nach einer Kompensation ruft, besteht bei der Verschuldenshaftung aus Widerrechtlichkeit und Verschulden, dasjenige eines notwendigen Ausgleichs von (privaten) Sonderopfern bei den Kausalhaftungen aus Widerrechtlichkeit und qualifiziertem Risikozustand 16).
- begrifflich: dieser Aspekt hängt wohl mit dem eben geschilderten zusammen; in letzter Konsequenz äussert er sich in einer eigentlichen begrifflichen Verschmelzung, insbesondere von Widerrechtlichkeit und Verschulden, wie dies im französischen Recht verwirklicht ist und im schweizerischen vereinzelt gefordert wird. Diese Auffassung entspringt einer Betrachtungsweise, welche die beiden Begriffe lediglich als subjektive und objektive Seite ein und desselben Tatbestandes 17) sieht. Auf Einzelheiten ist weiter unten noch gesondert einzugehen 18).
- "logisch-erkenntnistheoretisch": ähnlich wie beim Problem der Nachteilszufügung 19) ist auch hier in gewissem Sinn

14) Ohne dass im Sinne einer eigentlichen Verschmelzung Untrennbarkeit vorläge: Kap. 3, 1. Abschn.; vgl. unten bei Anm. 17

15) Kap. 1, B II 3 c

16) Kap. 1, B V, bes. 4 und 5

17) Bei vBüren "Vorwerfbarkeit" genannt, S. 256 ff

18) Kap. 3, 1. Abschn., bes. A

19) Oben I

eine gemeinsame Betrachtung der beiden Elemente notwendig. Da das subjektive "Verschulden" nach der hier vertretenen Konzeption "schuldhaftes menschliches Verhalten" bedeutet 20), setzt es gleichzeitig den Bezugspunkt für das Widerrechtlichkeitsurteil fest 21).

- funktional: der haftungsauslösenden Funktion einer Nachteilszufügung entspricht die haftungsbegrenzende des Unrechts 22).
- "ermittlungsmethodisch": das Erkennen (recte Abwägen, Finden) von Unrecht (im hier verwendeten Sinn) erfolgt im Rahmen eines Zurechnungsvorganges, welcher in normativer (rechtlicher) Wertung des vorher festgestellten Sachverhaltes besteht 23). Zu beurteilen sind demnach vor allem Rechtsfragen 24). Sie sind nicht unmittelbar beweisbar, sondern lediglich die Umstände sind es, welche darauf schliessen lassen 25).

- 20) Die Aussage ist teilweise rein terminologischer Natur; es geht lediglich darum, damit das normative Anknüpfungsproblem (an die Kausalkette) anzudeuten. Dazu wird hier das "subjektive Element" gewählt, in Anlehnung an die analoge Problemstellung im Kausalhaftungsrecht, wo ein "Zustand" ("besonders schadensträchtig") das subjektive Anknüpfungsmoment bildet. Genauso gut könnte man - vom objektiven Element ausgehend - von "widerrechtlichem Verhalten" (worunter der gesamte Vorgang einer Schadenszufügung zu verstehen wäre)/von "widerrechtlicher Verwirklichung eines Risikos" sprechen. Das Vorziehen des subjektiven Elementes hat m.E. verschiedene beachtenswerte Vorteile; schliesslich geht es ja darum, eine erste rechtliche Beziehung zwischen dem Haftungssubjekt und dem eingetretenen Nachteil herzustellen; gleichsam in einem zweiten Schritt kann dann noch eine objektive Bewertung dieses Verhältnisses erfolgen
- 21) Vgl. oben Anm. 20 a.E.; unten C II 2 a. Das Umgekehrte wäre womöglich ebenfalls denkbar; auf jeden Fall muss auf einen sorgfältig entwickelten Verhaltensbegriff abgestellt werden können: unten C I 2 b und Kap. 3, 2. Abschn., A III und B I 1
- 22) Kap. 1, B I 2 (c), das. V 1 (bei Anm. 190), 3 d; vgl. oben Anm. 6

Fazit

Die Beurteilung und Festlegung von Widerrechtlichkeit und Verschulden (bzw. qualifizierten Schadenspotentialen) kann als "Zurechnungsvorgang" im Sinne einer normativen Wertung des Sachverhalts bezeichnet werden. Die Rechtsbegriffe wirken "haftungsbegrenzend".

III. Relativierungen

Zumindest hat sich gezeigt und wohl auch bestätigt, dass die (haftungsauslösenden) Begriffe des Schadens und der Kausalität beide der Schadensermittlung dienen und so gewissermaßen die Vorstufe der Schadenszurechnung bilden, von welcher sie grundsätzlich auch auseinandergehalten werden sollte. Methodisch ergeben sich daraus für die Haftungsprüfung die zwei grossen Schritte, welche hier als Ermittlungs- bzw. Wertungs-(Zurechnungs-)vorgang bezeichnet werden.

Die weiteren Thesen sind vorsichtig zu formulieren und zu behandeln. Immerhin kommt man bei typisierender Betrachtungsweise kaum um die Erkenntnis herum, dass der erste Schritt sich zumindest vorrangig auf Fragen von eher tatsächlicher Natur bezieht, worauf insbesondere die "metajuristischen" Methoden hindeuten, die zu ihrer Klärung zum Teil herangezogen werden. Zu Recht behandelt sie deshalb auch das Bundesgericht als Tatfragen im Sinne von Art. 63 Abs. 2 OG 26), welche "direkt" beweisbar sind und der Sachverhaltsermittlung dienen 27).

23) Kap. 1, A IV und V; vgl. auch unten, B III 2 c

24) Vgl. oben, Anm. 9 f

25) Diese Umstände lassen sich m.E. recht zwanglos unter die Begriffe des Schadens und/oder der Kausalität subsumieren, vgl. unten B III 2, bes. c

26) Vgl. auch OG 43 und 55 I lit. c

27) Zu alldem unten B I 4 und II 1 d

Gleichsam in einer zweiten Phase ist der festgestellte Sachverhalt anhand rechtlicher Kriterien wie Widerrechtlichkeit und Verschulden zu werten, in unserem Fall durch Zurechnung einer Nachteilszufügung zum Risikobereich eines "Verantwortlichen" in ausgewählten, also normativ begrenzten Haftungstatbeständen 28).

Natürlich habe ich wie wohl jeder Jurist die Erfahrung gemacht, dass Abgrenzungen dieser Art in konkreter Anwendung ihre Tücken haben können, weshalb ihre Handhabung sich in vernünftigem und zweckgerichtetem Rahmen bewegen muss und nicht auf die Spitze getrieben werden sollte. Aus diesem Grund wurde auch die typologische Betrachtungsweise erwähnt 29). Die Abgrenzung von Tat- und Rechtsfragen ist ja ihrerseits wieder eine solche rechtlicher Natur 30) und damit gewissen Unsicherheiten, nämlich anschauungsbedingter juristischer Argumentation unterworfen. Zudem ist bei der Rechtsanwendung in praxi stets die enge Verknüpfung zwischen Sachverhaltsfeststellung und Rechtsfindung zu beachten 31).

Die vorstehend erwähnten Kategorien und deren Bezeichnung sind vor allem als Orientierungshilfe gedacht und dienen einer vorläufigen und übersichtsartigen Gedankenordnung. Eine gewisse Schematisierung ist die natürliche Folge davon und muss zur Vermeidung weitschweifiger Unklarheiten in Kauf genommen werden. Dabei bleibt selbstverständlich das Bestreben nach Vertiefung, Weiterentwicklung und Differenzierung der Aussagen sowie nach Ueberprüfung und weiterer Auseinandersetzung mit dem Stoff auch fürderhin bestehen. Mindestens

28) Kap. 1, allg. B

29) Kap. 1, B VII, bes. a.E.

30) Oben Anm. 12 (und 10) m.w.H.; Kap. 1, B IV, bei Anm. 183

31) Unten B III 2, bes. a

als vorläufiges Ordnungsmerkmal dürfen - bei aller Deutlichkeit der hier anzubringenden Vorbehalte - doch wohl gewisse, vor allem in der Judikatur ziemlich feststehende Erkenntnisse herangezogen werden.

B. Ermittlungsvorgang anhand haftungsauslösender Kriterien

I. Der Schaden

1. Begriff

Wenn man davon ausgeht, dass privates Haftpflichtrecht - wie Obligationenrecht überhaupt - gesamthaft an Vorgänge materiell-ökonomischer Art anknüpft und wenn sein Hauptzweck im Schadensausgleich liegt 1), so lässt sich daraus ein Schadensbegriff herleiten, der im Einklang steht mit der in schweizerischer Lehre 2) und Rechtssprechung 3) gebräuchlichen Definition:

Schaden ist (unfreiwillige) Einbusse am Vermögen oder - in einem Wort - Vermögensverminderung.

2. Schadenersatz und Naturalrestitution

Es leuchtet ein, dass die "gerechteste" Wiedergutmachung 4)

- 1) ..und nicht in Prävention oder Vergeltung, vgl. dazu Kap. 1, bes. A I, II; B II (5), V (3)
- 2) Oftinger I 53 (ff); GMK 60, 63; vTuhr I 83 f; Bucher 306; vBüren 42 f; Engel N 109 f; Kommentar Becker N 6 f zu OR 41; Kommentar Oser/Schönenberger N 74 zu OR 41; Stark RZ 4 ff; Keller/Landmann T. 5, 17-19; Deschenaux/Tercier (1. Aufl.) 49 f; Keller 39 f (bezieht auch bereits die "Anwartschaften" ein, vgl. dazu Kap. 1, A II 2 [bei Anm. 70 ff] und unten, Anm. 114 f, 136); Giger 380; Merz 312. Dissertationen: Känzig 19 f; Müller 4; Furgler 9 f; Casanova 59 f
- 3) Z.B. BGE 76 II 297; 87 II 291 E. 4a (= Pra 51, 86); 90 II 424; 97 II 176; 104 II 99
- 4) Als Oberbegriff über (geldwerten) Schadenersatz einerseits und Naturalrestitution andererseits könnte man hier auch den Ausdruck "Nachteilsausgleich" verwenden; das erste bedeutet Ausgleich in Geld, ungeachtet der Art einer Beeinträchtigung, während Naturalrestitution begrifflich nur für einen "Substanzschaden" (unten Anm. 37) in Frage kommen kann; vgl. dazu Oftinger I 68 N 64 und dortige Zitate. "Naturalrestitution" ist hier in einem sehr weiten Sinn, generell als nicht in Geld umgerechneter Ausgleichsanspruch zu verstehen, der in irgendeiner Weise auf Wiedergutmachung bereits zugefügter oder erst drohender Nachteile gerichtet ist, also einschliesslich

die Naturalrestitution wäre, indem Wiederherstellung eines ursprünglichen Zustandes als die eindeutig überzeugendere Lösung erscheint gegenüber einem bloss "ersatz"weisen Ausgleich in Geld, also auf rein materieller Ebene. Es besteht weder Gefahr, dass der Schädiger über den Schadensbetrag hinaus zur Kasse gebeten wird, noch dass dem Geschädigten zusätzliche, ungedeckte Umtriebe, Aufwendungen und Aergernisse aus der Notwendigkeit einer Wiederbeschaffung erwachsen. In der Tat ist die Ansicht verbreitet, dass diese Möglichkeit eigentlich naheliegender ist und deshalb grundsätzlich Vorrang haben sollte 5).

In Wirklichkeit aber steht diese Variante aus verschiedenen Gründen im Hintergrund 6):

a) Schaden ist nicht zu verwechseln mit Schadenersatz; die beiden Grössen sind in zwei möglichst strikt voneinander zu trennenden Operationen zu ermitteln: die Schadensberechnung und die Schadenersatzbemessung 7). Während das Zweite die Frage nach dem Wie? und Wieviel? beantworten soll, betrifft das Erste das Was? 8) und umfasst sowohl die Frage

allfällige Beseitigungsansprüche, vgl. Jäggi, Persönlichkeitsschutz Nr. 27 ff

- 5) So insbesondere GMK 70 mit Hinweisen auf die Judikatur; C. Chr. Burckhardt (ZSR) 491 ff; Guhl 18 ff; Müller 117; vgl. auch vTuhr I 115. § 249 BGB erhebt die Naturalrestitution zum Grundsatz, vgl. dazu Palandt, Anmerkungen zu § 249; damit hängt zweifellos die unterschiedliche Auffassung vom Schadensbegriff in Deutschland zusammen, vgl. unten 4 a
- 6) So auch die wohl herrschende Lehre: Oftinger I 68; C. Chr. Burckhardt (ZSR) 492 ff; vTuhr I 115; vBüren 71 und bes. 32; Müller 117; Deschenaux/Tercier (1. Aufl.) 189, 217
- 7) Oftinger I 66; vgl. Guhl 42
- 8) C. Chr. Burckhardt (ZSR) 491

nach Existenz, als auch nach dem massgebenden, ungefähren Umfang des Schadens 9). Die Naturalrestitution ist neben dem Schadenersatz eine Form der Wiedergutmachung 10); sie kann dem Richter unter Umständen eine vielleicht aufwendige Schadensberechnung ersparen 11), aber sie setzt nichtsdestoweniger Bestand und ungefähre Kenntnis des Umfanges eines Schadens voraus 12): eine nicht dem rechtlich gültigen Schadensbegriff entsprechende Beeinträchtigung genügt auch hier als Grundlage des Anspruchs auf Wiedergutmachung nicht 13).

Und dieser Schaden muss nun nach eindeutiger und m.E. richtiger schweizerischer Rechtsauffassung ins Vermögen des Geschädigten durchschlagen 14).

b) Damit hängt die im schweizerischen Haftpflichtrecht gepflogene "scharfe" Trennung 15) zwischen messbaren und nicht messbaren Nachteilen zusammen. In der Tat erscheint die ökonomische Erfassbarkeit, die Uebertragbarkeit in einen Geldbetrag - kurz eben Messbarkeit - als Unterscheidungskriterium zwischen den Begriffen Schaden und immaterielle

9) Wenigstens annähernd; unten (bei) Anm. 41

10) Oben Anm. 4

11) GMK 70

12) In diesem Sinn ist der Schadensbegriff ein allgemeines, noch recht unbestimmtes Kriterium, aber als solches absolut unabdingbare Haftungsvoraussetzung: Oftinger I 62, 66; vgl. Kap. 1, B IV und VI (VII); unten 5 a

13) Vgl. unten, bei Anm. 34

14) Unten, bei Anm. 31 ff, bes. Anm. 34

15) Oftinger I (u.a.) 54, 57 f, 212, 288; vgl. C.Chr. Burckhardt (ZSR) 483, 488. Sie entspricht in Deutschland der Abgrenzung zwischen Vermögens- und "Nichtvermögensschaden", die - sicherlich zu Recht - als schwierig und umstritten gilt, Palandt, Vorbemerkung 2a von § 249 BGB sowie 2a a.a.O. Vgl. auch unten 4 (b) und 5 b

Unbill 16). Wiedergutmachung durch Naturalrestitution ist in beiden Fällen möglich, im übrigen entweder durch Schadenersatz oder durch Genugtuung. So problematisch diese "Trennung" ist, so charakteristisch ist sie für das schweizerische System des Haftpflichtrechts.

Wer Naturalrestitution verlangt, kann sich also auf Schaden oder auf immaterielle Unbill berufen. Liegt ersteres vor, so ist dieser Schaden ökonomisch erfassbar, sein Begriff ist auf der rein wirtschaftlichen, vermögensrechtlichen Ebene anzusiedeln 17). Eine (wenigstens annähernde) Umrechnung in messbare Güter ist also auch für die Prüfung eines Anspruchs auf Naturalrestitution erforderlich (da ja "Schaden" geltend gemacht wird).

c) Die rein vermögensrechtliche Betrachtungsweise 18) liegt insbesondere auch den haftpflichtrechtlichen Gesetzesbestimmungen zugrunde. So geht Art. 42 Abs. 2 OR von einem abstrakt-wirtschaftlichen Schadensbegriff aus, wenn er von "ziffernmässig nachweisbarem Schaden" spricht, und Art. 49 OR differenziert zwischen Ersatz des eigentlichen Schadens (vermögensrechtlicher Art) und (eventuell zusätzlicher) Leistung einer Genugtuung bei Verletzung in den persönlichen Verhältnissen; diese wird demnach auch vom Gesetz als Vor-

16) GMK 58; Oftinger I 286 (sowie die Hinweise in Anm. 15); vTuhr I 125 f

17) Dazu ein Beispiel (vgl. vTuhr I 83 unten f): Bei einer Körperverletzung wird die Persönlichkeit im Rechtssinn beeinträchtigt. Der Nachteil ist nicht messbar und muss daher - wenn überhaupt (vgl. Anm. 34) über das "Genugtuungsrecht" (nicht über schadenersatzrechtliche Behelfe) "ausgeglichen", nämlich soweit möglich wiedergutmacht werden. In der Regel wird der Nachteil sich auch im Vermögen des Opfers negativ auswirken (Heilungskosten); erst jetzt liegt Schaden im Rechtssinn vor. Zu alledem vgl. auch unten 5 b

18) Kap. 1, bes. A I und unten 5 c

aussetzung betrachtet 19), Schadenersatz, bzw. Genugtuung sind die Rechtsfolgen.

d) Alleinige Wiedergutmachung durch Naturalrestitution kommt praktisch nur im Fall von Sachschäden in Frage 20), wodurch ihre haftungsrechtliche Bedeutung in der Praxis eine starke Einschränkung erleidet.

e) Am gewichtigsten erscheinen mir schliesslich die Gesichtspunkte der praktischen Schwierigkeiten, verbunden mit einer stark ausgeprägten landläufigen Rechtsauffassung, die automatisch und ausschliesslich den Begriff des Geldersatzes mit der Vorstellung von rechtlich erzwingbarer Wiedergutmachung von Nachteilen verbindet 21).

Ohne Anspruch auf Vollständigkeit sind stichwortartig zu erwähnen: Probleme bei der Zwangsvollstreckung 22); prozessrechtliche Tücken bei Festlegung, Ausarbeitung, Formulierung und allenfalls Adressierung (Zuständigkeit) von Klage bzw. Rechtsbegehren 23); die Schwierigkeit, den Schadenersatz genau richtig zu "dosieren" 24); die akute Gefahr des Anknüp-

19) ... und nicht bereits als Beeinträchtigung, welche in natura auszugleichen ist ("Substanzschaden"), vgl. dazu unten bei Anm. 37

20) Oftinger I 67; Stark RZ 138; GMK 70. Sollte es der Zufall im Fall eines Körperschadens wollen, dass der Schädiger Arzt oder Krankenpfleger ist, so dürfte wohl nach dem "Schadenersatz"prozess das Vertrauensverhältnis zu sehr gestört sein, als dass noch an eine Realerfüllung zu denken wäre! Giger 381 N 64. Vgl. auch OR 45 I, 46 I, 47, 49 I

21) Nicht von ungefähr sahen das römische und das gemeine Recht nur die Möglichkeit des abstrakt-vermögensrechtlichen Schadenersatzes (also eine Klage auf Geldleistung) vor; vTuhr I 114, N 1 a m.w.H.; GMK 70

22) Kap. 1, A I 2 und 3 c, bei Anm. 13 und 37 ff

23) Je nach Modalitäten der kantonalen Prozessordnungen

24) Oftinger I 68, nach N 64

fens weiterer, ja endloser Streitereien 25); rechtliche Schranken 26); und schliesslich dürfte in der Bevölkerung die Rechtsüberzeugung vorherrschen, man könne sich als Schädiger rechtsgültig durch Geldersatz jeder Obligation aus unerlaubter Handlung entledigen, Geldersatz habe - auch gegen den Willen des Geschädigten oder des Richters 27) - in jedem Fall Befreiungswirkung; vBUEREN geht in dieser Beziehung weiter und sieht es als Wesensmerkmal des Geldes an, dass der Schuldner damit befreiend Schadenersatz leisten kann 28).

3. Die einzelnen Begriffselemente

a) Der Begriff des Vermögens wurde bereits weiter oben definiert 29). Dabei habe ich bewusst den rein ökonomischen, vermögensrechtlichen Einschlag 30) dieser Begriffsbestimmung hervorgehoben, denn darin liegt die strukturelle, begriffs-

25) ... etwa über Art, Ausführung, Zeitpunkt usw. des Naturalersatzes; C.Chr. Burckhardt (ZSR) 493 (ff)

26) vBüren 71 N 120

27) In der Tat kann ich mir kaum vorstellen, dass ein Gericht nach erbrachtem vollem Schadenersatz noch auf eine Klage auf "Umwandlung" in Naturalersatz eingeht, selbstverständlich mit Ausnahme von Fällen, da geradezu Rechtsmissbrauch vorläge

28) vBüren 32 mit Nachweisen in N 13 ("Dass der Schuldner den Schadenersatz in Geld leisten darf und sich mit Geld befreit, macht eigentlich das Wesen des Geldes aus. Das Geld ist vor allen anderen im Verkehr erscheinenden Werten dadurch ausgezeichnet, dass der Schuldner in der Schadensabwicklung sich seiner von Rechts wegen mit Befreiungswirkung bedienen darf.") Mit dem Wortlaut von OR 42 lässt sich diese Auffassung allerdings kaum vereinbaren

29) Kap. 1, A II, bes. 2; die weitgefasste Begriffsbestimmung hat tendenziell zur Folge, dass beim korrelativen Schadensmerkmal keine allzu hohen Anforderungen zu erfüllen sind, was der Funktion des Kriteriums als "haftungsauslösend" (nicht haftungsbegrenzend) entspricht; diese Auffassung führt im wesentlichen zum gleichen Ergebnis, wie der erweiterte Schadensbegriff in der deutschen Doktrin: vgl. Larenz 395 ff; ders. Aufwendungen, 151 ff; Esser, 6. Aufl. 472 ff; Merz, SPR 187 N 5; unten 4

30) Vgl. auch unten, 4 a

typische Verschiedenheit des Merkmals Schaden gegenüber anderen Kriterien unseres Instrumentariums.

Wirtschaftlich nicht erfassbare Güter, wie "das Fortkommen, die Integrität von Leib und Leben, - allgemein: - der Persönlichkeit, insbesondere auch von Ehre, Kredit und wirtschaftlicher Freiheit" 31) sollten deshalb keinesfalls bereits in den Schadensbegriff hineinvermengt werden. Die Integrität von Leib und Leben gehört nicht zum Vermögen. Darauf weist auch KAENZIG mit durchaus wünschenswerter Deutlichkeit hin 32). Vom "Aussenerfolg des körperlichen Verhaltens des Handelnden" 33) unterscheidet er den Schaden als "rein wirtschaftliche Erscheinung der Vermögensverminderung", die sich als Folge etwa einer Körperverletzung (dies ist der Aussenerfolg) einstellen kann, aber nicht muss; denn in geringfügigen Fällen besteht die Möglichkeit, dass weder Behandlungskosten noch Verdienstaussfall entstehen 34).

31) Oftinger I 53, wenn auch mit dem Zusatz: "sofern eine Verletzung sich in ökonomischer Hinsicht auswirkt", ebenso Casanova 59; im Rahmen des Schadensbegriffs an sich interessieren eben nur die ökonomischen Auswirkungen! Eine (korrigierende?) Präzision scheint Oftinger weiter hinten S. 61 N 38 anzubringen

32) Känzig 20; vgl. auch Jäggi, Persönlichkeitsschutz 175a f

33) Känzig (vgl. allg. S. 19-29) 20 f: "Wäre der Aussenerfolg Schaden ("Substanzschaden", unten Anm. 37), so läge das widerrechtliche Verhalten, z.B. bei einer Körperverletzung nicht in der Verletzung eines menschlichen Körpers, sondern würde in jene Unzahl von möglichen Arten körperlichen Verhaltens zersplittern, die eine Körperverletzung herbeizuführen geeignet sind (Anlegung und Abdrücken eines Gewehres, Aufziehen und Schlagen mit einem Stock, unrichtige Manipulation am Steuer eines Automobils usw.)". Hier ist gut zu erkennen, dass der Schlüssel des Problems beim Verhaltensbegriff liegt; sein Inhalt ist auch entscheidend dafür, ob die Begriffe Schaden und Widerrechtlichkeit zerfliessen oder nicht, dazu unten C I 2 b und Kap. 3, 2. Abschn. A III und bes. B I 1, ferner das. 5. Abschn.

34) Keller/Landmann T. 15; vgl. T. 16 und 17; Oftinger I 62; Lanz 180

Nicht überzeugen kann demgegenüber die Ansicht GIGERS, wonach der ökonomisch aufgefasste Schadensbegriff nur den Zweck einer inhaltlich nicht berechtigten Abgrenzung vom Merkmal der Widerrechtlichkeit habe 35). Dieser Schadensbegriff diene "lediglich der praktischen Notwendigkeit, eingetretenen Schaden kalkulierbar zu machen" 36). Die nachfolgend in diesem Zusammenhang erwähnten Begriffe des "Reflexschadens" und des "Substanzschadens" gehören nach meiner Ansicht nicht hierher 37) und schaffen nicht viel mehr als unnötige Verwirrung. Ich habe bereits darauf hingewiesen 38), dass Vorliegen von "Substanzschaden" (im Sinne GIGERS) als Haftungsvoraussetzung nicht genügt 39); im schweizerischen Recht ist Vermögensschaden erforderlich, und zwar als primäres 40) und unabdingbares Merkmal des haftpflichtrechtlichen Instrumentariums. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass sich dieser auf "strukturanalytisch-logischem" Weg gewonnene Schadensbegriff weder verwenden, noch mit dem schweizeri-

35) M.E. ist sie durchaus auch inhaltlich berechtigt, vgl. oben Anm. 33

36) Giger 380 f

37) Reflexschaden: betrifft den Kreis schadenersatzberechtigter Personen, mithin die (haftpflichtrechtliche) Aktivlegitimation und stellt i.w. eine Frage der Widerrechtlichkeit dar, vgl. unten 6 d. Substanzschaden: entspricht gemäss Giger (381) der Rechtsgüterverletzung und geht damit im Begriff der Widerrechtlichkeit auf (unten Kap. 3, 2. und bes. 5. Abschn.); er kann auch "immaterielle Unbill" zeitigen (unten 5 b). Mit beiden Begriffen sind also nicht Fragen des Schadens, sondern der Widerrechtlichkeit angeschnitten (oben Anm. 33 und dortige Verweis auf Kap. 3)

38) Oben 2, bes. lit. a - c

39) Insbesondere wenn er keine vermögensrechtlichen Auswirkungen zeitigt, oben Anm. 34

40) Unten 5 a; Gigers nicht ganz einleuchtender Vergleich mit primärer und sekundärer Leistung beim Erfüllungsvorgang (S. 381) beruht offenbar auf einer - wie mir scheint - verfehlten - Analogie zwischen Schaden und Schadenersatz (bzw. Nachteil und Wiedergutmachung, vgl. oben 2 a); aber selbst bei der Wiedergutmachung ist es nicht ersichtlich, weshalb ein Geldersatz in der Praxis "sekun-

schen Haftpflichtrechtssystem vereinbaren lässt, weshalb er hier abzulehnen ist.

b) Ist dieser Punkt einmal geklärt, so kann über das Merkmal der Vermögensverminderung zweifellos weitgehende Einigkeit hergestellt werden. OFTINGER definiert den Schaden als "Differenz zwischen dem gegenwärtigen (d.h. nach dem schädigenden Ereignis festgestellten) Stand des Vermögens des Geschädigten und dem Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte" 41). STARK 42) bemerkt dazu, in der Praxis werde man vielmehr prüfen, welche Aktiven durch den Unfall weggefallen (bzw. welche Passiven dazugekommen) seien 43). Dogmatisch gesehen handelt es sich dabei jedoch bereits um Kausalitätsprobleme; insofern lässt sich die Prüfung des Schadens nicht von derjenigen des Kausalzusammenhanges trennen 44).

Alles in allem scheint mir die bei DESCHENAUX/TERCIER 45) und vBUEREN 46) gewählte Methode recht sachgerecht: die Vermögensverminderung ("D") ergibt sich mittels einer Subtraktion, deren Ergebnis auch gerade die ungefähre Höhe des Schadens indiziert. Der tatsächlich bestehende 47) Vermö-

där" sein soll, steht er doch gegenüber der Naturalrestitution deutlich im Vordergrund (oben 2)

41) Oftinger I 54. Der Umfang eines Schadens ergibt sich somit quasi aus seiner Bestimmung selbst

42) Stark RZ 5

43) Ebenso Oftinger I 54 f N 7

44) Oben bei Anm. 5; unten 5 d

45) Deschenaux/Tercier § 3 RZ 9

46) vBüren 42 f

47) Diese Ausdrucksweise ist nicht ganz präzise. Gemeint ist der Stand des Vermögens, so wie er sich nach Eintritt des schädigenden Ereignisses präsentiert (oder präsentieren wird, vgl. OR 46 II). Ich verweise nochmals auf meine obige Bemerkung bei Anm. 44

gensstand ("p") wird abgezogen vom hypothetischen Stand, wie er sich zum gleichen Zeitpunkt ohne das schädigende Ereignis präsentieren würde ("P"); das ergibt die Operation $P - p = D$.

c) Die Unfreiwilligkeit der Vermögensverminderung ist eigentlich kein selbständiges Begriffselement, wie MERZ zutreffend bemerkt 48). Denn durch den unausweichlichen Einbezug von Kausalitätsüberlegungen bereits bei der Schadensfeststellung 49), ergibt es sich von selbst aus der Abhängigkeit des Schadens von einem "schädigenden Ereignis". Wollte der Geschädigte seinen eigenen freien Willen als solches betrachten, so müsste er seine Schadenersatzforderung wohl gegen sich selbst richten.

Nach meinem Dafürhalten kann von diesem Begriffselement abgesehen werden.

4. Der "Schaden" als Tatfrage

a) Zum Spannungsfeld zwischen Information und Bewertung

Nicht nur in der Jurisprudenz, sondern in allen Bereichen menschlicher Tätigkeit gilt die Grundregel, dass zuerst die bezüglichlichen Tatsachen erforschen und zusammentragen muss, wer einen sachlich begründeten Entscheid fällen können will. Die in dieser Aussage liegende Gegensätzlichkeit akzentuiert sich in den Wörtchen "zuerst" und "bezüglichlich"; denn einerseits kann ohne Ermittlung keine Beurteilung stattfinden, und andererseits muss sich die Sachverhaltserforschung auf die für den Entscheid wesentlichen Tatsachen beschränken, so dass bereits in diesem Stadium eine Wertung erforderlich ist 50). Der praktischen Unmöglichkeit einer strikten Trennung

48) GMK 60

49) Oben Anm. 44 und unten, 5 d

50) Ebenso zum Problem Sachverhaltsfeststellung und Rechtsfindung unten III 2 a

der beiden genannten Vorgänge steht die Unumgänglichkeit diesbezüglicher Bestrebungen gegenüber. Wir wissen, dass "Objektivität" im Sinne einer reinen Ermittlungsarbeit losgelöst von jeglicher subjektiver Betrachtungsweise und persönlicher Wertung nicht möglich ist, was uns aber nicht vom Streben nach diesem Ideal dispensiert, genauso wenig wie die objektive Unmöglichkeit der Verwirklichung absoluter Gerechtigkeit daran hindern darf, dieses Ziel als erstrebenswert anzuerkennen und sich an den entsprechenden Werten zu orientieren. Auch die Tageszeitungen sind in der Regel bestrebt, "Kommentare" von den eigentlichen Meldungen zu trennen, was sich äusserlich dadurch signalisiert, dass sich die eine Ausdrucksform von der anderen optisch abhebt durch eine veränderte graphische Gestaltung.

Durchaus analoge Züge trägt das in der rechtswissenschaftlichen Lehre und Rechtssprechung dort entstehende Dilemma, wo entschieden werden muss, ob Tat- oder Rechtsfragen vorliegen; die Unterscheidung entspricht dem Spannungsfeld zwischen Sachverhaltsfeststellung und Rechtsfindung 51). Insbesondere im Haftpflichtrecht stellen sich die tatsächlichen Vorgänge des Sachverhalts typischerweise als "Ereignisablauf" dar, in welcher Beziehung man üblicherweise auch von "Kausalablauf", "-kette" oder "-reihe" spricht.

b) Natürlicher und normativer Schadensbegriff?

Ähnlich wie bei der Differenzierung zwischen natürlicher und "juristischer" (adäquater) Kausalität 52) ist vor allem

51) Vgl. die vorangehende Anm. 50. Den Begriffen "Tatfrage", "Sachverhaltsfeststellung", "Ermittlungs- bzw. Feststellungsvorgang" stehen somit die Parallelbegriffe "Rechtsfrage", "Rechtsfindung", "Wertungs- bzw. Zurechnungsvorgang" gegenüber

52) Unten II, Vorbemerkungen

in der deutschen rechtswissenschaftlichen Doktrin von einem sich im wesentlichen aus der sogenannten Differenzhypothese ergebenden 53) natürlichen Schadensbegriff die Rede, der in gewissen Fällen durch normative Wertungen ergänzt, bzw. korrigiert werden muss; die Tragweite dieser Begriffserweiterung ist umstritten 54).

Ein solcher Dualismus ist in der Schweiz wenig bekannt und kaum gebräuchlich 55). Eine normative Seite des Schadensbegriffs beeinträchtigt dessen Klarheit, gibt Anlass zu Begriffsverwirrungen oder fördert bereits vorhandene. Normative Korrekturen sind zwar notwendig, gehören aber nicht zum Feststellungsvorgang, dessen Kriterien eine tendenziell mehr haftungsauslösende Funktion ausüben, während die Zurechnung im Rahmen des "Wertungsvorganges" ihrerseits vorrangig die Haftungsbegrenzung bezweckt 56). Genau gleich wie beim Problem der "Adäquanz eines Kausalzusammenhanges" lassen sich auch hier die notwendigen Wertungen ohne weiteres und völlig zwanglos unter dem Rechtstitel des Verschuldens, der Widerrechtlichkeit und allenfalls weiterer in diesem Zusammenhang massgebender Umstände 57) vornehmen. Mit anderen

53) Entsprechend im schweizerischen Recht: oben 3 b

54) Palandt, Vorbemerkungen von § 249, Pt. 2) und 2c) mit diversen Beispielen und Nachweisen; Hohloch 389 ff; Hagen 871 ff; Larenz 395 ff; ders. Aufwendungen 151 ff; Esser, 6. Aufl. 471 ff; Weitnauer, Schadenersatz 190

55) Otfinger I 57 (unten) f; Deschenaux/Tercier § 3 RZ 5; Merz, SPR 187; der in dieser Beziehung wesentliche Unterschied zum deutschen Haftpflichtrecht liegt wohl im Verzicht, oder - m.E. richtiger formuliert - in flexiblerer Handhabung des "Totalersatzprinzips", dazu unten, Kap. 3, 3. Abschn. A II 2, bes. a. Vgl. zur Verschiedenheit des Schadensbegriffs in den beiden Rechtssystemen im Zusammenhang mit einer unterschiedlichen Bedeutung der Naturalrestitution und mit den Begriffen "Nichtvermögensschaden", Substanzschaden (gegenüber Genugtuung und immaterielle Unbill) oben Anm. 4 i.V.m. Anm. 5 und 15 m.w.H.

56) Kap. 1, B IV und V; oben Anm. 29

57) Vgl. OR 43 I; beachte vorangehende Anm. 55; vgl. dazu Kap. 3, 3. Abschn. A II 2

Worten verlagert sich das Problem nach m.E. richtigem schweizerischem Haftpflichtrechts-Verständnis zunehmend in Richtung der Frage nach der Schadenersatzbemessung, weg von der Schadensberechnung 58).

Schaden beschlägt das Vermögen des Geschädigten 59). Sein Umfang kann grundsätzlich nach einigermaßen objektiven Gesichtspunkten ermittelt werden 60); dieser indiziert das Maximum dessen, was der Geschädigte als Ersatz beanspruchen kann 61). So gesehen muss es einen "vorrechtlichen" 62) Schadensbegriff geben, weil man ja etwas nicht Bestehendes auch nicht bewerten kann... Mit MERZ 63) erscheint mir diese Diskussion zuweilen wie "alter Wein in neuen Schläuchen"; möglicherweise stellen sich viele unlösbar scheinenden Probleme gar nicht so akzentuiert, wenn man sie aus "der unbefangenen Sicht des Betroffenen, die mit der vernünftigen und unge-

58) Oben 2, bes. lit. a; unten Anm. 68; Oftinger I 66; so auch C.Chr. Burckhardt (ZSR) 500 f

59) Oben 2, bes. lit. a - c; 3 a; unten 5 c

60) Oben a und unten c; vgl. bes. auch 5 c und d

61) Oftinger I 66, 261; Keller/Landmann T. 93; Deschenaux/Tercier, § 28 RZ 2; vBüren 53; eingehend Schaer, Schadenausgleichssysteme, 432 ff

62) Diesen Ausdruck verwendet Esser, 6. Aufl. 473 (vgl. ff), der diesen Begriff für das deutsche Recht ablehnt, was uns jedoch nicht anzufechten braucht, weil gerade in diesem Punkt das schweizerische Haftpflichtrecht andere Wege beschritten hat (vor allem OR 43, vgl. dazu Kap. 3, A II 2, bes. a und b)

63) Merz, SPR 187 N 6; die normativen Kriterien zur rechtlichen Beurteilung des (entstandenen!) Schadens heissen im Deliktsrecht Widerrechtlichkeit und Verschulden! dies sind nach meiner Auffassung die haftungs- und damit gleichzeitig auch schadensbegrenzenden Wertungskriterien. Vgl. dazu auch die Bemerkung in der nächstfolgenden Anm. 64 sowie ferner Weitnauer, Schadenersatz 189 ff, der "Schadensbegrenzung" anhand des Adäquanzerfordernisses betreiben will, welches hier ja im Sinne von rechtlicher "Angemessenheit" der Haftung verstanden wird (Kap. 1, B Anm. 145)

künstelsten Rechtsauffassung übereinstimmt" 64), betrachtet, so wie es eher dem schweizerischen Stil, Rechtswissenschaft zu betreiben, entspricht.

Mit alldem möchte ich andeuten, dass die Grösse des Schadens als haftungsauslösender Faktor gar nicht bereits auf Heller und Pfening bestimmt werden muss, weil er ja nebst seiner haftungsauslösenden Funktion summenmässig lediglich eine absolut oberste Grenze des noch Ersatzfähigen festlegt; hierauf bestimmt der Richter aufgrund normativer Wertung "Art 65) und Grösse 66)" des Schadenersatzes 67): dies ist nicht mehr Schadensermittlung, sondern Schadenersatzbemessung 68), welche ihrerseits - bei der Verschuldenshaftung - das Vorliegen von Schaden 69), Kausalität, Verschulden und Widerrechtlichkeit bereits voraussetzt 70). Das schweizerische Haftpflichtrecht gibt dem Richter mit Art. 43 OR die Möglichkeit, von der Anwendung eines faktischen oder natürlichen Schadensbegriffes her notwendig werdende normative, rechtliche Korrekturen auch noch und insbesondere in diesem Rahmen vorzunehmen, was m.E. vieles bedeutend vereinfacht; mache er auch davon Gebrauch!

- 64) Merz, SPR 187, bei N 4. Bei der hier dargelegten Betrachtungsweise kann man sich natürlich fragen, ob überhaupt von normativer Wertung des "Schadens" selbst (also anlässlich der Schadensberechnung) gesprochen werden soll (vgl. oben Anm. 63); immerhin herrscht jedoch auch hier das "Spannungsfeld" (oben a), vgl. unten 5 c m.w.H.; OR 42 II (dazu auch oben Kap. 1, A Anm. 70); vDäniken 41 (f), 45 ff
- 65) Darunter fällt insbesondere der Entscheid über Schadenersatz oder Naturalrestitution (oben 2)
- 66) OR 43 als Schadenersatzbemessungs-Vorschrift (Oftinger I 263, statt vieler); Kap. 3, 3. Abschn. A II 2; es geht um eine Rechtsfrage: vDäniken 82 ff
- 67) bzw. "der Wiedergutmachung", als Oberbegriff über Schadenersatz und Naturalrestitution (oben Anm. 4)
- 68) C.Chr. Burckhardt (ZSR) 496 f; oben Anm. 55, 57, 58 und 66
- 69) Oben Anm. 12: Schaden als vorerst vage und relativ unbestimmte allgemeine Haftungsvoraussetzung; vgl. oben Anm. 29 m.w.H.
- 70) Oben 2 a m.w.H.

c) Stellungnahme von Rechtssprechung und Lehre in der Schweiz

"Le fait, selon LITTRÉ, c'est toute chose qui arrive, qui a lieu"; es handelt sich um den Stoff, welcher durch den Juristen in Rechtskategorien einzuordnen ist, um Vorgänge der Aussenwelt, die es rechtlich zu bewerten gilt, um die eruierbaren "empirischen" Vorgaben juristischer Tätigkeit. Man kann sie - wenn überhaupt - allenfalls in die (philosophischen?) Kategorien "quis, quid, ubi, quibus auxiliis, cur, quomodo, quando?" einordnen 71). Der gedankliche Zusammenhang mit philosophischen Begriffen wie Wahrnehmbarkeit, wissenschaftliche Erklärbarkeit, Phänomen klingt an.

Das Problem ist äusserst komplex und vielschichtig - im Haftpflichtrecht vor allem und gerade beim Schaden 72). Die Abgrenzung zwischen Rechts- und Tatfragen ist ja ihrerseits wiederum ein Rechtsproblem 73) und damit naturgemäss umstritten und zweifelhaft 74). Es ist aus verständlichen Gründen nicht möglich, näher auf die Finessen oder gar auf gedanklich-philosophische Hintergründe des Fragenkomplexes einzugehen; ich muss mich auf einige knappe Grundzüge beschränken.

71) Deschenaux, distinction (eine Studie über die Bundesgerichtspraxis zu OG 43 I, 63, 68, 81 usw.) 17; vgl. vDäniken 9 ff

72) vDäniken 41 ff

73) OG 63 ist als bundesrechtliche Bestimmung der Beurteilungskompetenz des BGer unterworfen (OG 43); vgl. auch die umfangreiche Bundesgerichtspraxis zu diesem Artikel im allgemeinen

74) In N 32 zu ZGB 1 (m.w.H.) bezeichnet Meier-Hayoz eine "strenge Trennung" als "fragwürdig"; vgl. ders. (zit. oben Anm. 9) S. 6; Gygi (zit. oben Anm. 9); vDäniken 11 ff m.w.H.; oben a und unten III 2 a und c m.w.H. Ein bedeutender Rechtslehrer hat mir einmal erklärt, letztlich lasse sich wohl jede "Rechts-" als "Tatfrage" ausgeben - und umgekehrt; vgl. dazu auch AcP 157 (1958/59) 1 ff (Scheuerle)

In der Praxis des täglichen Rechtslebens wird die Trennung zwischen Rechts- und Tatfragen mit der grössten Selbstverständlichkeit und Routine gehandhabt. Schon der erstsemestrige Student bekommt ein gewisses Gefühl für die Unterscheidung, denn er bearbeitet als Aufgabe ja einen vorgegebenen "Sachverhalt"; der Anwalt unterteilt seine Rechtschriften nach tatsächlichen und rechtlichen Erörterungen; der "erstinstanzliche" Tatrichter gliedert seine Urteile in "Feststellungen" und (rechtliche) "Erwägungen" 75). Irgendwie scheint man in der Praxis mit dem Problem doch einigermaßen zurecht zu kommen.

"Schaden" ist ein Rechtsbegriff, denn er steht im Gesetz; Gesetzesauslegung als juristische Arbeit ergibt seinen Inhalt 76). Dieser leitet sich aber unmittelbar aus objektiv feststellbaren Vorgängen ab, welche sich in casu im Vermögen des Geschädigten abspielen; die Frage ob und welcher Schaden entstanden ist, wird anhand eines Vergleichs zweier Vermögensstände beantwortet 77). Ein Buchhalter oder Oekonom wird wohl grundsätzlich zu ihrer Beantwortung besser befähigt sein als ein Jurist, selbst wenn er einen hypothetischen Vermögensstand 78) errechnen und abschätzen muss; denn auch der hypothetische Stand wird vom Geschäftsgang oder entsprechend ähnlichen Faktoren abhängen, die ein Wirtschafts-

75) Allgemein zur Bedeutung der Unterscheidung im Prozessrecht vDäniken 1 ff

76) BGE 104 II 199 und dortige Zitate; vgl. auch 107 II 225; vDäniken 44 f; Kap. 1, B IV a.E. (Anm. 183)

77) Differenztheorie, oben 3 b bei Anm. 41; vgl. auch bei Anm. 53 sowie unten 5 c

78) ... den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis aufweisen würde, oben bei Anm. 41

fachmann eigentlich am ehesten sollte beurteilen können. Von der Begriffs-idee her ist das Vermögen ein Sachkomplex 79), bei welchem gewisse Wertungen zwar insofern notwendig sind, als gewissermassen der Oekonom uns einen für das Haftpflichtrecht brauchbaren Schadensbegriff liefern muss 80). Bei aller Deutlichkeit der wegen des "Spannungsfeldes" 81) zu beachtenden Vorbehalte kommt den in schweizerischer Lehre und Rechtssprechung im Zusammenhang mit dem Schaden behandelten Fragen ein unbestreitbar tatsächlicher Einschlag zu; somit komme ich für das schweizerische Haftpflichtrechtssystem zum Schluss, dass das sachliche Element beim Schaden gegenüber einem allfälligen normativen deutlich überwiegt. Ich halte es deshalb für richtig, wenn das Bundesgericht in recht klarer Praxis die Entscheidung über Bestand und Umfang eines Schadens als T a t f r a g e einstuft 82).

Im Grunde sollte dies auch für die Ermittlung des *lucrum cessans* 83) gelten, obwohl es hier eine künftige Entwicklung abzuschätzen gilt, wobei auch auf den "gewöhnlichen Lauf der Dinge" abgestellt wird 84). Diese Formel erinnert deutlich an Probleme, welche als Rechtsfragen gelten 85); in der Tat

79) Kap. 1, II 2, bes. a.A.; B IV (bei) Anm. 181; unten 5 c
80) Unten 5 c

81) Oben a (m.w.H.)

82) BGE 107 II 224 f E 2; 102 II 10 f E 2; 99 II 373 E 4; 82 II 399 E 4; 81 II 355 E 2/3, 516 E 2. Andeutungen finden sich auch da und dort in der Literatur, vgl. etwa Deschenaux, norme 415, bei N 57 ("... au sens purement économique, comme solde actif ou passif d'un bilan, sans coloration juridique des biens compris dans le patrimoine"); oder wenn von einem "rein kalkulatorischen", "rechnerischen" Vorgang die Rede ist, wie etwa bei Deschenaux/Tercier § 3 RZ 5, vgl. unten 5 c, bes. Anm. 118

83) Kap. 1, A II 2 mit Nachweisen in N 72; vgl. unten 5 c

84) Vgl. OR 42 II und Anm. 70 f in Kap. 1 (A II 2); unten 5 c

85) Gemeint ist natürlich insbesondere die Adäquanzformel des BGer, vgl. unten II 2 (b)

dürfte sie ihrerseits ein eher normatives Element enthalten 86).

5. Konsequenzen dieses Schadensbegriffs

a) Schaden als primäre Voraussetzung der Schadenersatzpflicht

Ohne Schaden stellt sich das Problem des Schadenersatzes nicht 87) 88). So einfältig und banal diese Feststellung tönen mag, so wichtig ist die sich daraus ergebende Folgerung, dass (zumindest) der Bestand eines Schadens feststehen muss, bevor sinnvollerweise die Prüfung weiterer Voraussetzungen einer allfälligen Haftpflicht anhand genommen werden kann. Dies entspricht einer vernünftigen Vorgehensweise genau so gut im Haftpflichtprozess, wie in einer wissenschaftlichen Abhandlung, wo als erstes der Schadensbegriff als solcher festzulegen ist; die anderen Elemente des "Instrumentariums" beziehen sich auf ihn, und nicht umgekehrt. Es ist dies auch die gebräuchliche Methode 89). Jede vorherige Erörterung anderer Voraussetzungen der Schadenersatzpflicht hat keinen Zweck. Insbesondere scheint mir ein Ueberdenken der Frage

- 86) Wie überhaupt auch Beweiswürdigung in gewissem Sinn ein Wertungsproblem ist, das keinerlei Anspruch auf Exaktheit erheben darf; vgl. auch die nicht mehr ganz klaren Abweichungen in der Gerichtspraxis (gegenüber Anm. 82): BGE 105 II 81 f E 3 und 107 II 225. vDäniken 47; oben bei Anm. 78; unten III 2 b
- 87) So ausdrücklich z.B. Stark RZ 1; Casanova 59; Lanz 180 f; vBüren 42; Oftinger I 62. Die Feststellung dürfte auch den eigentlichen Ursprung bilden für die Bildung des Begriffs "Schädigungstatbestand" im Zusammenhang mit dem Begriff der Widerrechtlichkeit gemäss Art. 41 Abs. 1 OR bei Känzig 109 ff, insbesondere 140; vgl. ferner Kap. 1, B IV a.A.; oben (bei) Anm. 34; Kap. 3, 4. Abschn. B I 1
- 88) Wohl aber kann sich je nachdem dasjenige einer Genugtuung stellen, unten b
- 89) vgl. die Zit. in Kap. 1, B VI 1, Anm. 241 f sowie oben in Anm. 2 f; Känzig 18; ebenso die Hinweise in Anm. 87; besonders deutlich: Stark RZ 1 ff; ferner auch Oftinger I 47 und 62. Kap. 1, B V 1, Zit. Widmer und Kötzt. Anders (aber weshalb?) Engel, chapitre 25-28; kaum sehr sinnvoll Furgler 6 (7 ff)

müssig zu sein, ob eine Gefährdung bereits widerrechtlich im Sinne des Haftpflichtrechts sei 90). Denn solange nur eine Gefahr (Gefährdung) besteht, ist noch kein Schaden eingetreten; hat sie sich einmal verwirklicht, so stellt sich das Problem m.E. anders 91). Auch ein Unterlassungsanspruch gegen drohenden Schaden 92) beruht meiner Ansicht nach nicht auf der Widerrechtlichkeit dieser Drohung, sondern die Drohung besteht für den rechtmässigen Zustand 93); erst wenn die drohende Gefahr sich verwirklicht, liegt eben gerade in diesem Vorgang die Rechtswidrigkeit. Präventive Rechtsbehelfe setzen also Widerrechtlichkeit nicht voraus, sondern nur eine Gefahr für die Rechtmässigkeit 94).

Für die Betrachtung der bundesgerichtlichen Praxis hinsichtlich des "berühmt-berüchtigten" Gefahrensatzes 95) sind damit bereits bedeutsame Weichen gestellt; zudem erhärten sich die bereits dargelegten Erkenntnisse zum Problem der Widerrechtlichkeit bei Kausalhaftungen 96).

b) Schaden und immaterielle Unbill 96a)

Unser Schweizerisches Haftpflichtrecht beruht auf dem Gedanken der Unterscheidung zwischen Vermögensgütern und Persönlichkeitsgütern. Kann eine materielle Einbusse auf kalkulatorischem Weg ermittelt werden, so ist bei der immate-

90) Kap. 1, A III 2 b, insbesondere (bei) Anm. 98

91) Kap. 3, 1. - 3. und 5. Abschn.

92) Dazu Jäggi, Persönlichkeitsschutz 176 a f und 178 a ff

93) Zu den Begriffen "Zustand" und "Vorgang" vgl. Horn 114 ff; Jäggi a.a.O. (Anm. 92) Nr. 29

94) Vgl. dazu Kap. 1, B I 2 (b) Anm. 16, zu OR 59

95) Kap. 3, 2. Abschn. A III 2 (Anm. 45); 3. Abschn. B - D, je II

96) Kap. 1, B VI 2, Anm. 246 und dortige Hinweise

96a) Die rev. Fassung des Persönlichkeitsrechts ist seit 1. Juli 1985 in Kraft, vgl. dazu AS 1984 778 ff. Statt "persönliche Verhältnisse" heisst es dort einfach "Persönlichkeit"; vgl. allg. Merz SPR 236 ff

riellen Beeinträchtigung eine Wiedergutmachung nur dadurch möglich, dass gewissermassen Verlust an Wohlbefinden in Geld umgerechnet wird. Aus diesem Blickwinkel betrachtet steht dem Begriff des Schadenersatzes derjenige der Genugtuung gegenüber 97).

Genugtuung setzt nach Art. 49 OR eine Verletzung in den persönlichen Verhältnissen 98) voraus, für deren Folgen OFTINGER den Ausdruck "Immaterielle Unbill" verwendet 99). Die Abgrenzung dieses Begriffs von der Widerrechtlichkeit, welche in der Persönlichkeitsverletzung als solcher liegt, ist schwieriger als im Schadenersatzrecht 100). Ist bei der Schadenersatzbemessung von der Unrechtsfolge 101), nämlich

- 97) Vgl. Flückiger 15 ff, bes. 21 ff; Kap. 1, A I 3 c a.E.; unten C II 1 b
- 98) Eine solche kann natürlich sekundär auch ins Vermögen des Betroffenen (bzw. seiner Angehörigen) durchschlagen, so insbesondere etwa im Fall der Körperverletzung oder Tötung (OR 47); Jäggi, Persönlichkeitsschutz 186 a; vgl. Kap. 1, A II 1 c sowie unten 6 a m.w.H. ("reine" Vermögensschäden als "primäre" Vermögensschäden)
- 99) Oftinger I 286 (und f); gleichbedeutend der französische Ausdruck *tort moral*
- 100) Zu den Berührungspunkten zwischen Schaden und Widerrechtlichkeit vgl. oben 3 a; im Schadenersatzrecht ist primär - gleichsam im immateriellen Bereich - ein Rechtsgut betroffen, wodurch erst sekundär das Vermögen beeinträchtigt wird, welches der materiellen Ebene angehört, vgl. dazu Kap. 1, A II 1 c m.w.H. Vgl. auch Kap. 1, B IV, bei Anm. 179 ff; oben (bei) Anm. 34; Kap. 3, 2. Abschn. B. Es ist weder möglich noch unbedingt notwendig, den Begriff der immateriellen Unbill im schweizerischen Recht ganz scharf zu fassen, vgl. Oftinger I 289 f m.w.H. und den auf diese Anm. folgenden Text
- 101) Zum Unrechtsbegriff dieser Arbeit: Kap. 1, B V; er besteht bei Kausalhaftungen aus Widerrechtlichkeit und qualifiziertem Risiko, bei der Verschuldenshaftung aus Widerrechtlichkeit und Verschulden, bei der Vertragshaftung aus Vertragswidrigkeit und Verschulden, usw. und dient als eigentlicher Haftungstatbestand der rechtlichen Anknüpfung an eine Kausalkette (vgl. unten C I), hat also in diesem Sinn den Nachteil (Kap. 1, B IV) "zur Folge"

vom Schaden und dessen Umfang auszugehen 102), so ist für die Festsetzung einer Genugtuung das Unrecht selbst massgebend: die Schwere der Verletzung und des Verschuldens 103); die "Unbill" als Folge ist hier weniger von Bedeutung 104).

Immaterielle Unbill ist somit eine sich nicht im Vermögen, sondern im seelischen Bereich des Betroffenen niederschlagende, weiter aber nicht bestimmte Auswirkung von Unrecht, welches in einer schwer schuldhaften Persönlichkeitsverletzung besteht 105); diese erscheint ihrerseits als "Aussenerfolg" eines "körperlichen Verhaltens" 106).

Die Abgrenzung zwischen Schaden und immaterieller Unbill und damit zwischen Vermögensgütern und persönlichen Gütern ist schwierig, ja problematisch, aber sie lässt sich nicht umgehen; das Unterscheidungskriterium der Messbarkeit (des Schadens) erweist sich in Grenzfällen als wenig tragfähig 107). Es bleibt jedoch dabei, dass bei der Haftung für im-

102) Oben bei Anm. 61

103) OR 49 I, vgl. auch OR 47 "Umstände"; Oftinger I 302

104) Diese Betrachtungsweise wendet auch das Bundesgericht in BGE 108 II 422 (= Pra 72, 1983, Nr. 30) an, vgl. dazu auch Merz in ZBJV 120 (1984) 274 (unten) f m.w.H., der allerdings anderer Meinung ist und mit Tercier (SJZ 80, 1984, 54 f) das Urteil kritisiert; der Wortlaut von OR 49 I spricht jedoch m.E. gegen diese Auffassung - sie würde auch eine brauchbare und griffigere Definition des Begriffs der immateriellen Unbill voraussetzen

105) Oftinger I (zit. Anm. 99), bes. (sinngemäss) 289 m.w.H.; Jäggi, Persönlichkeitsschutz 185 a ff; Rev. OR 49 I setzt nur noch gewöhnliches Verschulden voraus, vgl. Merz, SPR 237 f N 4; vgl. auch die Verweigungen oben in Anm. 97, ferner Kap. I, B IV, bei Anm. 179. Vgl. zur Illustration ZBJV 121 (1985) 76 m.w.H.

106) Entsprechend der Vorstellung Känzigs vom Kausalablauf, vgl. Anm. 33 und dortige Hinweise

107) Oben 2 b, vgl. insbesondere die Hinweise in Anm. 15; Flückiger 21, 24 ff. Die Frage ist vor allem auch wandelnden Anschauungen und wechselndem Zeitgeist unterworfen; unser heutiger tendiert nach wie vor unübersehbar zu wachsender Kommerzialisierung (vgl. Esser 15), was bei meiner Betrachtungsweise einfach auf eine Aus-

materielle Unbill die haftungsauslösende Beeinträchtigung nicht auf der ökonomischen Ebene liegt wie beim Schaden 108), sondern im immateriellen Bereich, wie der Name sagt; Schutzobjekt ist demzufolge nicht das Vermögen, sondern eben die persönlichen Verhältnisse als Inbegriff aller Persönlichkeitsrechte 109).

Die Genugtuung als Rechtsfolge kann nicht - wie der Schadenersatz - rechnerisch bemessen werden, sondern stellt eine Art Trost dar, einen nach richterlichem Ermessen festzusetzenden, "hinkenden" Ausgleich für erlittene Unannehmlichkeiten schweren Grades 110), welche ausserhalb des ökonomischen liegen: es geht nicht um Vermögenskompensation, sondern um Vermögenszuwachs zur Verwendung für "beliebige materielle oder ideelle Genüsse" 111).

c) Vermögensorientierte Betrachtungsweise 112)

Pointiert formuliert lassen sich Schaden und Vermögen

weitung des Vermögensbegriffs herauskommt (unten Anm. 112 m.w.H.); illustrativ dazu etwa Larenz, Aufwendungen 157 ff, Weitere Beispiele und Ueberlegungen zu diesem Problem finden sich in den oben 4 b, Anm. 54, angeführten Zitaten, alle m.w.H. Die schweizerische Praxis ist im Ergebnis sowohl bei der Annahme von genügend schwerer Persönlichkeitsverletzung als auch bei der Qualifikation von Nachteilen als "ökonomisch erfassbar" (also als Schäden) deutlich zurückhaltender als die deutsche, vgl. Oftinger I 57 f und Tercier, L'évolution récente de la réparation du tort moral... (zit. Anm. 104) 53 ff; dadurch dürften automatisch auch Zweifelsfälle seltener sein

108) Kap. 1, A I 3 c

109) Unten C II 1 b; vgl. oben Anm. 97, 100 und 105 m.w.H.

110) Vgl. (engagiert) C.Chr. Burckhardt (ZSR) 495 ff; Jäggi, Persönlichkeitsschutz 186 a f; Oftinger I 289; ferner den Hinweis in Anm. 108

111) vTuhr I 126, vgl. ff; Zit. Kummer bei Merz, SPR 242 f

112) Vgl. Kap. 1, A I 3 c und II 2 a.A. Oben 4 b m.w.H.

gleichsam als Begriffe desselben Inhalts, aber mit umgekehrten Vorzeichen darstellen 113). Zumindest bestimmt die Auffassung vom Rechtsbegriff Vermögen den Inhalt desjenigen des Schadens oder umgekehrt 114).

Es ergibt sich aus sehr vielen bisherigen Aeusserungen, dass die wirtschaftliche Erfassbarkeit ein wichtiger Aspekt des Schadensbegriffs im schweizerischen Recht ist, was auch die weit überwiegende Lehre anerkennt, ja gelegentlich ausdrücklich betont 115). Die Schadensfeststellung ist denn auch weniger ein juristisches als viel eher ein "betriebswirtschaftliches" 116) Problem, "ein rein kalkulatorischer Vorgang" 117), der im Grundsatz einleuchtend als "Tatfrage" eingestuft wird 118). Einschränkend ist beizufügen, dass der grundsätzlich ökonomische Schadensbegriff für den Juristen brauchbar sein muss, also bei einem konkreten Rechtsproblem jeweils an die praktischen Bedürfnisse vernünftig anzupassen

113) Kap. 1, A II 2, bes. Anm. 69 ("Komplementärbegriff"). Zur Differenztheorie vgl. oben 3 b sowie bei Anm. 53

114) So z.B. wenn "Anwartschaften", bzw. "lucrum cessans" als noch gar nicht vereinnahmte Vermögensbestandteile dazu gezählt werden, bzw. deren Wegfall (respektive Nichtrealisierung) als Schaden gilt, vgl. dazu Kap. 1, A II 2 (Anm. 69 f); weitere Belege und Hinweise oben in Anm. 2

115) Oftinger I 53 (N 2), 61 N 38, 286 (288) usw.; C.Chr. Burckhardt (ZSR) 473 f; vThur I 117; GMK 58; vBüren 84; Müller 4; Känzig 19 unten f; vgl. Keller 39 und oben Anm. 2

116) Vgl. insbesondere das zit. Deschenaux, oben Anm. 82; vgl. Kap. 1, A I 3 c, bes. a.E.; oben 4 c, bes. bei Anm. 78

117) Oftinger I 66 (unten); vgl. Jäggi, Persönlichkeitschutz 184 a; vBüren 43; Deschenaux/Tercier § 3 RZ 5 und weitere oben in Anm. 82 zit. Hinweise

118) Oben 4, bes. c

ist 119).

Die "reine" Schadensfeststellung (die es jedoch nicht gibt 120)) ist durchaus eine vergleichsweise Gegenüberstellung zweier Bilanzen 121). Dabei ist ohne weiteres klar, dass nicht buchhalterische Schwierigkeiten im Vordergrund stehen 122), aber solange man einen theoretisch abstrakten ("reinen") Schadensbegriff betrachtet, dominiert eben der rein ökonomische, sozusagen betriebswirtschaftliche Aspekt.

Die "Bilanz des Schadens" sähe in Anlehnung zur Vermögensbilanz 123) wohl etwa so aus:

Schaden	
"Aktiven"	"Passiven"
- Wegfall von Vermögensaktiven (Kap. 1, A II 2, S. 17)	Nutzen (allfällige Einsparungen, die mit dem Schaden zusammenhängen und ihn relativieren, vgl. Keller 39 f; Oftinger 178 ff: "Vorteilsanrechnung")
- Zuwachs von Vermögenspassiven (Kap. 1, A II 2, S. 17)	

- 119) Insofern herrscht keine "rein ökonomische" Betrachtungsweise, vgl. oben Anm. 64 a.E., ferner oben bei Anm. 80. So darf der Oekonom nicht einfach den "optimalen Einsatz von Ressourcen" (Esser, 5. Aufl. 129; 6. Aufl. 473) undifferenziert in den Vordergrund stellen; auf praktische Bedürfnisse wird er auch bei anderen Untersuchungen oder Aufträgen Rücksicht nehmen müssen
- 120) Insbesondere die Kausalität spielt mit hinein, oben bei Anm. 43 f und unten d m.w.H.
- 121) Auch Oftinger I 54 f N 7 scheint diesen Gedanken zuzulassen; vgl. auch das Zit. Deschenaux oben in Anm. 82
- 122) ...sondern Kausalitätsprobleme, oben bei Anm. 42; vgl. hienach d; nicht zuletzt wegen der Untrennbarkeit von Schadens- und Kausalitätsermittlung beschäftigt sich die Praxis i.d.R. vielmehr mit einzelnen, bestimmten Vermögensposten; so auch Merz, SPR 187
- 123) Vgl. Kap. 1, A II 2 a.E.

Der resultierende Saldo entspricht dem Ausmass des Schadens. W a s allerdings in die Bilanz hineinkommt, ist eine Frage des Kausalzusammenhanges.

d) Schaden und Kausalität

Die Untrennbarkeit von Schadens- und Kausalitätsermittlung erhellt vielleicht am klarsten aus der Definition des Schadensbegriffs bei GUHL, welche von ihrem Inhalt her im übrigen völlig mit derjenigen OFTINGERS 124) übereinstimmt. Sie hat folgenden Wortlaut:

"Der Schaden ist die Vermögenseinbusse oder die Differenz zwischen dem im massgebenden Zeitpunkt wirklich vorhandenen Vermögen eines Rechtssubjektes und dem rechnermässig zu ermittelnden Betrag, den sein Vermögen aufweisen würde, wenn das schädigende Ereignis nicht eingetreten wäre (BGE 76 II 297)" 125).

Es fällt ohne weiteres auf, dass demnach das "schädigende Ereignis" bei der Schadensfeststellung eigentlich bereits bekannt sein muss 126). Dieses Ereignis ist im Grunde genommen nichts anderes als die Schadensursache als nächste Stufe in der Kausalkette; seine Auffindung ist ein Hauptaspekt der haftpflichtrechtlichen Kausalität 127) 128).

Bei der gedanklichen "Aufstellung" der oben erwähnten "Schadensbilanz" gilt es vor allem zu erkennen, welche Vermögens-

124) Zit. bei Anm. 41

125) GMK 60

126) Vgl. ebenso oben bei Anm. 43

127) Genauer gesagt derjenige Aspekt, welcher in Deutschland die "haftungsausfüllende" (im Gegensatz zur "haftungsbegründenden") Kausalität genannt wird, vgl. zu diesen Begriffen Lauri 25 N 7; Palandt, Vorbemerkungen von § 249 N 5 a aa sowie unten C I 2 c

128) So auch Oftinger I 59; vgl. Weitnauer, Schadenersatz 190; Merz, SPR 187 (oben)

veränderungen auf das schädigende Ereignis zurückzuführen sind, und welche nicht; letztere können von Anfang an ausser Betracht gelassen werden, sobald darüber Klarheit besteht 129). Auch hier werden gewisse Aspekte des Kausalzusammenhanges "vorweggenommen". In der praktischen Rechtsanwendung kann die Ermittlung des Schadens nicht von der Prüfung der Kausalität getrennt werden. Wohl aber ist diese Trennung auf abstrakt-dogmatische Weise möglich: der Schaden ist Vermögensdifferenz und somit in gewissem Sinn Zustand, während man sich die Kausalität als eine oder mehrere an diesem Zustand hängende Kette(n) von Ursachen und Wirkungen vorstellen kann, deren Zusammenhang naturgesetzlich, empirisch oder logisch erklärbar sein sollte 130).

6. Arten und Einteilungskriterien des Schadens

a) nach verletztem Rechtsgut: Sach-, Personen- und reine Vermögensschäden

Jeder Schaden ist zwar Vermögensschaden, aber in einigen Haftpflichtgesetzen 131), Lehre 132) und Rechtssprechung 133) ist verschiedentlich die Rede von diesen drei Schadensarten 134). Im Fall von Sach-, bzw. Personenschäden geht der (begrifflich erforderlichen) Vermögenseinbusse in der Kausal-

129) Vgl. oben Anm. 122 m.w.H.; auch das "Hin- und Herwandern des Blicks" zwischen Sachverhaltsfeststellung und Rechtsfindung (unten C III 2 a) setzt hier ein

130) Dazu eingehend hienach II

131) z.B. SVG 58 I; AtG 12; RLG 33; sinngemäss ähnlich ElG 27 II und EHG 11 (f)

132) Keller 44 f; Oftinger I 61; Keller/Landmann T. 15 - 17; Stark RZ 43 und 54 - 157; usw. Eingehend Tercier, Schadensarten 247 ff

133) z.B. BGE 106 II 77 f m.H. auf weitere Literatur

134) "Reine" Vermögensschäden werden gelegentlich auch als "blosse" oder "primäre" Vermögensschäden bezeichnet; dieser letzte Ausdruck nimmt bezug auf die Frage des betroffenen Rechtsgutes, d.h. ob das Vermögen lediglich indirekten Rechtsschutz genießt, wenn die Wiederrechtlichkeit einer Schadenszufügung sich aus der Verletzung eines "anderen" Rechtsgutes ergeben muss (das Vermögen

kette eine Sachbeschädigung, eine Körperverletzung oder gar eine Tötung voraus. Subsumiert werden unter die beiden Begriffe selbstverständlich nur Vermögenseinbussen, die der Verletzte oder Eigentümer selbst 135) als Folge der genannten, spezifischen Eingriffe erlitten hat, also namentlich Heilungs-, Reparatur- und Wiederbeschaffungskosten. Alle übrigen Schäden gelten in diesem Sinn als reine Vermögensschäden.

b) nach betroffenen Vermögensbestandteilen: damnum emergens und lucrum cessans

Das zweite bedeutet Ausbleiben von erwartetem Gewinn; es handelt sich um die Zerstörung der bereits mehrfach erwähnten Anwartschaften durch ein Schadensereignis. Der Begriff des damnum emergens ist komplementär dazu, umfasst also allen übrigen, den positiv entstandenen Schaden 136).

c) nach Stellung der Ursache in der Kausalkette: mittelbarer und unmittelbarer Schaden

Der Unterschied dürfte gradueller Art sein. Je kürzer die Kausalkette zwischen rechtsrelevanter Ursache und Schaden, desto eher wird man geneigt sein, von "unmittelbarem" Schaden zu sprechen. Mittelbaren oder Folgeschaden wird man dann annehmen, wenn "zwischen dem schädigenden Ereignis und dem Schaden Umstände liegen, die den Schaden als weiter entfernte Folge erscheinen lassen" 137).

also gewissermassen "hinter" einem Rechtsgut in dessen Schutz steht) oder ob die Rechtsordnung das Vermögen unmittelbar direkt schützt; in diesem Fall erschiene es selbst als "Rechtsgut", was zu bezweifeln ist, vgl. Kap. 1, A II 1, bes. c m.w.H.

135) Für den Sonderfall der Tötung vgl. OR 45, ein gesetzlich geregelter Fall von "Reflexschaden", dazu unten d m.w.H.

136) Zu alldem Kap. 1, A II 2 (Anm. 69 f); oben Anm. 2, bei Anm. 83 f und Anm. 114 f mit diversen Nachweisen

137) Oftinger I 60; vgl. auch 106; Stark RZ 46 f; Keller/Landmann T 14; Keller 40 f; Deschenaux/Tercier § 3 RZ 24 ff; meist mit Beispielen und weiteren Hinweisen. Terminologisch unglücklich scheint mir die Bezeichnung

d) nach der Person des Geschädigten: direkter und indirekter Schaden (Reflexschaden)

Die in der "Standardliteratur" noch heute zu diesem Thema vorherrschende Meinung lässt sich etwa wie folgt zusammenfassen: Schadenersatzansprüche stehen nur demjenigen zu, der durch ein schädigendes Ereignis "direkt" betroffen wird 138). "Reflexschaden" 139) entsteht nach dieser Auffassung aus einer blossen "Reflexwirkung der Schädigung" 140) und kann nicht schadenersatzrechtlich abgewälzt werden. Er wird definiert als derjenige Schaden, welcher "einem Dritten" aus dem Grund entsteht, dass er mit dem "Direktgeschädigten" in irgendeiner rechtlichen 141) oder faktischen Beziehung steht 142).

Es ist unbestreitbar, dass Schadenersatzansprüche nach dieser Richtung hin begrenzt werden müssen, sollen sie nicht ins Uferlose wachsen 143). Aber die oben in Anführungszeichen gesetzten Begriffe allein erscheinen mir dafür zu vage. Wichtig ist in diesem Zusammenhang auch die Feststellung, dass diese Begrenzung nicht anhand des Schadensbegriffs zu

"indirekter Schaden" zu sein, weil darunter mehrheitlich Reflexschaden verstanden wird, dazu hienach d

138) In diesem Sinn namentlich Oftinger I 64 ff; Keller 41 ff; Keller/Landmann T. 65 ff; Stark RZ 158 ff; Desche-
naux/Tercier § 3 RZ 29 ff (bereits differenzierend);
Kommentar Oser/Schönenberger N 52 zu OR 41; Kommentar
Becker N 115 zu OR 41; vThur 432 f; GMK 65 (mit m.E.
irreführender Terminologie). Eingehend Frei 44 ff;
vCaemmerer, ZBJV (Drittschadenersatz) 341 ff; Tercier,
préjudice réflexi 241 ff; Giovannoni, dommage indi-
rect 31 ff; vor allem letztere mit vielen weiteren Hin-
weisen

139) Oder "Drittschaden"; zur Terminologie vgl. Kramer 132 N 26

140) Oftinger I 64

141) Gesetzlich oder vertraglich

142) Tercier, préjudice réflexi 241 ff, bes. 244; Frei 21
(ff)

143) "...ein Gebot der Praxis und der Vernunft", Keller 40;
ähnlich auch Stark RZ 161; Oftinger I 64 N 52; vCaem-
merer 345

erzielen ist: es handelt sich um ein Zurechnungsproblem, auf welches in anderem Zusammenhang noch im einzelnen einzugehen ist 144).

II. Kausalzusammenhang 145)

Ich habe bereits andeutungsweise auf die gebräuchliche Zweiteilung der Kausallehre in einen natürlichen und einen juristischen Begriff der Kausalität hingewiesen 146). Diese lege ich auch der vorliegenden Betrachtung zugrunde, obwohl die Prüfung eines "juristischen Kausalzusammenhanges" sinnvollerweise nicht als Schritt eines Feststellungsvorganges verstanden werden kann. Es geht in der Tat auch lediglich darum, im herkömmlichen Rahmen 147) eben gerade dieses System kritisch zu betrachten. Geht es beim Problem der "Adäquanz" überhaupt um eine "zweite" oder "erweiterte" Kausallehre oder sind damit nicht vielmehr Zurechnungsprobleme verschiedensten Zuschnitts aufgeworfen 148)? Kann man diesen mit

144) Kap. 3, 4. Abschn., bes. B III

145) Die Rechtsliteratur zu diesem Thema wird - nicht von ungefähr - verschiedentlich als praktisch unüberblickbar bezeichnet (Lanz 2 m.w.H., N 8; Horn 73 N 58; Lauri 12 m.w.H., N 8). Nebst der haftplichtrechtlichen Standardliteratur wurden für diesen Teil der Arbeit insbesondere folgende Monographien und Aufsätze (gemäss Literaturverzeichnis) verwendet: Lanz ("Alternativen.."), Lauri ("Kausalzusammenhang.."), Maurer ("Drittverschulden.."), Bürgi; Giovannoni, causalité; Perrig, Kausalität; Brehm, Schwartz; Weitnauer, Lange, vCaemmerer, Stoll, Huber, Horn und Mädrich; strafrechtliche: Gmür Roland und Walder, Kausalität. Weitere Literaturhinweise in den jeweiligen Literaturverzeichnissen, bei Oettinger I 70 und Deschenaux/Tercier § 4 RZ 1

146) Oben I 4 b a.A.

147) Die "Adäquanz" als normative Wertung einer "natürlichen" Kausalität, als Selektion rechtsrelevanter Kausalabläufe (unten 2 a)

148) So Kap. 1, B V 2, Anm. 199; dazu auch unten C (bes. I) und im einzelnen Kap. 3, 4. Abschn.

einer einseitigen und engen Ausrichtung auf die Kausallehre und der Bezeichnung als "adäquate Kausalität" auf wirklich angemessene und überzeugende Weise gerecht werden? Ist der Adäquanzbegriff angesichts dessen und der sich mehrenden kritischen Stimmen weiter zu fassen, und ist er danach überhaupt noch notwendig? Auf derartige Fragen soll in den folgenden Ausführungen etwas näher eingegangen werden.

Als eigentlicher Kausalbegriff erscheint der auch nach herkömmlicher Auffassung gültige Ausgangspunkt, der sogenannte 149) "natürliche Kausalzusammenhang".

1. Kausalität im eigentlichen Sinn

a) Allgemeines 150)

Grundsätzlich ist einmal festzuhalten, dass damit nichts anderes gemeint sein kann, denn die Beziehung zwischen Ursache und Wirkung als zwei zeitlich oder räumlich voneinander verschiedenen Ereignissen 151). Die diesbezüglichen Gesetze werden seit Bestehen der Menschheit anhand der verschiedensten Phänomene aller Lebensbereiche entwickelt, erforscht und angewandt. In diesem Sinn umschreibt LAURI den Begriff einleitend auf folgende Weise:

"Das erkenntnistheoretische Gesetz von Ursache und Wirkung, das Kausalgesetz ist für uns eine grundlegende Regel jedes Sachablaufs. Es besagt, dass für jedes Geschehen eine Ursache, eine Bedingung, vorhanden sein muss ¹. Mit dieser Umschreibung ist auch schon die Unendlichkeit dieses Kausalzusammenhanges, in der schweizerischen Rechtssprache als der sogenannt natürliche

149) "Sogenannt" deshalb, weil der Ausdruck die - m.E. unzutreffende - Vorstellung erwecken kann, dass es daneben noch eine zweite, eben die "adäquate" oder juristische Kausalität gebe, unten Anm. 166

150) Vgl. dazu Brem 309 ff

151) Schultz (3. Aufl.) 114; Walder, Kausalität 119

oder naturwissenschaftliche Kausalzusammenhang bezeichnet, festgestellt. Jeder Erfolg hat eine unendliche Zahl von Ursachen, aus denen er hervorgegangen ist, und selbst ist er wieder Ursache für unendlich viele weitere Erfolge. Innerhalb dieses natürlichen Kausalablaufs kommt nach erkenntnistheoretischer Betrachtungsweise jeder einzelnen Bedingung im Hinblick auf den Erfolg die gleiche Bedeutung zu. Eine Ausscheidung nach irgendwelchen individuellen Merkmalen ist nicht denkbar.

Trotz der Erkenntnisse neuerer Forschungen in den Naturwissenschaften ² bezüglich der Frage, inwieweit im subatomaren Bereich das Kausalgesetz noch Geltung habe, ist der natürliche Kausalzusammenhang für den Bereich der menschlichen Existenz eine unumstössliche Tatsache." 152)

b) Bestimmung des natürlichen Kausalzusammenhanges

In Grenzfällen kann die Erforschung von Kausalzusammenhängen auf bedeutende Schwierigkeiten stossen 153); ich denke da insbesondere etwa an besonders komplizierte medizinische Zusammenhänge. Als Faustregel, sozusagen für den Hausgebrauch genügt indessen im Normalfall die gebräuchliche Formel der *condicio sine qua non* 154), gemäss welcher als Ursache gelten kann, was unabdingbare faktische Voraussetzung für den Eintritt eines Ereignisses, der "Wirkung", bildet. Um zwei sukzessive Ereignisse auf ihren Kausalzusammenhang zu prüfen, kann man sich fragen, ob das zeitlich spätere in seiner konkreten Gestalt ebenfalls entfielen, würde man das andere "wegdenken".

152) Lauri 11; in den beiden Fussnoten weist er übrigens auf folgende Werke hin: (1) Hoffmeister Johannes, Wörterbuch der philosophischen Begriffe (Hamburg 1955) 346; (2) Heisenberg Werner, Das Naturbild der heutigen Physik (München 1970) 24 ff. Vgl. auch Brem 321 ff

153) Lauri 11 m.w.H.; Brem 314 ff, 321; Weitnauer, a.K. 323

154) Oder Aequivalenz - bzw. Bedingungstheorie, vgl. dazu Brem 311 f, 313; dazu hienach c

c) Die Bedingungstheorie in Lehre und Rechtsprechung

Die Bedingungstheorie ist zur Bestimmung der "natürlichen" Kausalität von ebenso breiter Uebereinstimmung der Auffassungen getragen, wie die Differenztheorie mit bezug auf den "natürlichen" Schadensbegriff 155). Diese Einigkeit bezieht sich auf die Erkenntnis, dass der Zusammenhang zwischen Ursache und Wirkung auf Gesetzen der Logik, der Empirie, der Naturwissenschaften im weitesten Sinn beruht 156). Sie wird zudem durchwegs - neben dem Schaden - als Ausgangspunkt jeder weiteren Haftungsprüfung betrachtet, ob man nun Anhänger der Adäquanztheorie, der Normzwecktheorie oder sonst einer Zurechnungstheorie sei 157).

d) Die natürliche Kausalität als Tatfrage

Dass es bei der Ermittlung des Kausalzusammenhanges nicht um eigentliche Rechtsfragen geht, ergibt sich bereits aus den bisherigen Ausführungen. So wurde darauf hingewiesen, dass die einschlägigen Regeln "jeden Sachablauf" 158) bestimmen, also Erscheinungen aller Lebens- (und "Nicht-Lebens" 159))bereiche betreffen; die Ermittlungsmethoden kön-

155) Oben I 3 a, b; 4 a

156) Im wesentlichen wird man durch eine vernünftige Ergänzung der Bedingungstheorie durch naturwissenschaftliche Gesetzmässigkeiten wohl zum Ziel kommen, vgl. zu den diesbezüglichen Schwierigkeiten Brem 312 ff; oben bei Anm. 153

157) Insbesondere Gmür R. 39 ff; Bürgi 41 ff mit historischem Abriss; Walder, Kausalität 122 ff; Lauri 11 f; Lanz 15 f; Giovannoni, causalité 251 ff; Deschenaux, norme 402 ff; ferner Maurer 14; Oftinger I 70 ff; GMK 60 f; vTuhr 88; Engel N 112; vBüren 47 ff; Keller 47; Stark RZ 197 ff; Keller/Landmann T. 36 a; Casanova 72 f; Känzig 25; ausführlich, aber m.E. nicht ganz konsequent, da bereits wertend Deschenaux/Tercier § 4 RZ 7 ff. BGE 95 IV 142; 96 II 395 f E V; 107 II 273 ff usw.

158) Zit. Lauri a.A., oben bei Anm. 152. Vgl. Brem 311 f m.w.H. ("vorrechtliche Bedeutung" der natürlichen Kausalität)

159) Anorganische Vorgänge

nen wohl weit überwiegend in einer oder auch mehreren Naturwissenschaften angesiedelt werden. Ueber die Qualifikation der natürlichen Kausalität als Tatfrage 160) herrscht denn auch in Lehre 161) und Rechtsprechung 162) soweit überblickbar weitgehende Einhelligkeit.

2. Das Problem der Adäquanz

a) Zurechnungsproblem

Aufgrund dieses Kausalbegriffs bietet sich vorerst das Bild eines nahezu chaotischen Gewirrs von neben- und durcheinander laufenden sowie sich überkreuzenden Kausalabläufen, einer Ursachenkette, die für den Betrachter eines Haftpflichtfalles beim Schaden "beginnt" 163) und sich von da aus "in immer unübersichtlicher werdender Verflechtung zurückerstreckt bis auf Adam und Eva" 164). Fast naturgemäss muss da die Versuchung entstehen, die unerlässliche Selektion schon mit dem Kausalbegriff selbst zu verbinden oder gar zu verschmelzen, obwohl heute kaum mehr bestritten wird, dass sie

160) Vgl. dazu aber auch die allgemeinen und relativierenden Ausführungen oben I 4, bes. a und b; allgemein zu dieser Frage auch unten 2 a

161) Oftinger I 74 N 10; Deschenaux/Tercier § 4 RZ 5; GMK 61; Maurer 15 (bei N 7); Casanova 73; Stark RZ 204; Engel N 112 usw.

162) BGE 57 II 38 ff, 208, 545 f; 80 II 342; 83 II 410 f; 87 II 127; 91 II 190, 209; 93 II 337; 96 II 395 f; 98 II 290 E 3; 101 II 73 E 3; 107 II 224 E 3, 243 E 5, 274 E b; 108 II 53 E 3. Demgegenüber ist das Problem der Adäquanz (unten 2) Rechtsfrage: BGE 103 II 245 E c (Pra 67 148); 107 II 276 E 3; 108 II 53 E 3 usw. Vgl. auch vDäniken, 14 ff, 18 ff m.w.H.; Bürgi 103

163) D.h. sich an das Ereignis (bzw. präziser Zustand) "Schaden" anknüpft; dieses kann so wieder Ursache weiterer Ereignisse bilden, die Kausalkette also fortführen; dies aber interessiert den Betrachter haftpflichtrechtlicher Belange nun nicht mehr. Chronologisch gesehen endet die Ursachenkette beim Schaden, aber die Sachverhaltsermittlung muss hier beginnen, um von einem Fixpunkt ausgehen zu können

164) GMK 61; vgl. Lauri 12; Lanz 16 (oben); Stark RZ 205 ff

aufgrund juristisch-normativer Wertung zu treffen ist 165). Demgegenüber vertrete ich hier eine Konzeption, deren Ziel es ist, Feststellung und Zurechnung wenigstens in der Theorie möglichst deutlich auseinander zu halten, weil nach meinem Dafürhalten dadurch Missverständnisse, ja Irrtümer vermieden werden können. Dazu gehört auch die Ablehnung der Vorstellung eines neben dem "natürlichen" Kausalzusammenhang bestehenden, besonderen "juristischen" Kausalbegriffs, genannt "adäquate Kausalität" 166). Inhaltlich ist die Adäquanzlehre eine Zurechnungstheorie 167); wer sie bewusst als solche behandelt, wird sich zumindest fragen müssen, ob der Adäquanzbegriff nicht überhaupt notwendigerweise schon im Oberbegriff "Unrecht" 168) enthalten ist, indem sich die bisher als "Adäquanzprobleme" bezeichneten Fragen hier relativ zwanglos unterbringen und auch lösen lassen. Dies bedeutet eine Rückbesinnung auf das ursprüngliche, "haftpflicht-

165) Oftinger I 75; Deschenaux, norme 410 f m.w.H. (N 46); Stark RZ 211; vgl. auch BGE 96 II 397 m.w.H. Kap. 1, B V 2, bes. Anm. 199 a.E. (f): es geht darum, "gleichsam mit dem Stechzirkel aus der endlosen Kausalkette einen ganz bestimmten Kausalnexus herauszugreifen,..." (Horn); vgl. Oftinger I 72; Deschenaux/Tercier § 4 RZ 3 ff und die Hinweise in Anm. 164; 161 und 167

166) Maurer 14, bes. N 4; Gmür R. 21 f; Deschenaux, norme 408 f; Lauri 12 N 7 m.w.H.; vgl. allgemein dazu auch ders., bes. 15 ff, 21 - 23, 44; Lanz 14 ff, 97 (ff); vCaemmerer, Schriften I 402 f

167) Maurer 14, N 5; Stark RZ 208; Lange 115 m.w.H.; eingehend Lauri 21 (unten) ff, weitere Hinweise das. 34 ff. Vgl. auch unten III 1 a.A. Nicht recht einleuchten will auch, weshalb diese Art von Zurechnungsfragen nichts mit dem Problem der Widerrechtlichkeit zu tun haben soll (Oftinger I 73 N 6, vgl. auch N 5), wohl aber mit der Tatfrage nach dem (natürlichen) Kausalzusammenhang; "Adäquanz" in diesem Sinn erweist sich als Funktion der Widerrechtlichkeit und/oder des Verschuldens innerhalb des Wertungs- oder Zurechnungsvorganges, vgl. auch Kap. 1, B V (bes. bei Anm. 197 ff). Vgl. auch Lanz 83 und dortige Hinweise zum Verhältnis Adäquanz-Verschulden, dazu allgemein ders. 65 ff; Horn 78, 124 f; unten c bb; Kap. 3, allgemein 4. Abschn.

168) Kap. 1, B V; oben A II und III

rechtliche Instrumentarium" 169), das m.E. all diesen Fragen auch allein gerecht zu werden vermag 170).

b) Die Adäquanzlehre in der Schweiz

Gemäss der immer noch herrschenden Lehre ist es ein "Kausalproblem", dass der "natürliche Kausalzusammenhang", einmal erstellt, auf seine "Adäquanz" geprüft werden muss, weil er ja sonst uferlos wäre 171). Der Inhalt dieser Lehre lässt sich mit einer der gebräuchlichsten Formeln des Bundesgerichts etwa folgendermassen umreißen 172):

"Als adäquate Ursache ist nach der Rechtsprechung ein Ereignis dann anzusehen, wenn es nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung an sich geeignet ist, einen Erfolg von der Art des eingetretenen herbeizuführen, der Eintritt dieses Erfolgs also durch das Ereignis allgemein als begünstigt erscheint." 173)

169) Kap. 1, B VI

170) Unten C; Kap. 3, 4. Abschn.

171) Oben Anm. 164; Gmür Roland § 9 (59 ff)

172) Vgl. dazu eingehende und fundierte Darstellungen der Adäquanzlehre, die auf vBar (1871) und vKries (1888) zurückgeht, und ihrer seitherigen Entwicklung in Deutschland und der Schweiz (wo i.w. eine "Rezeption" stattfand) sowie die einschlägige Standardliteratur:

a) Lanz, vgl. bes. 12, 18 ff, 30 ff, 39 ff, 47 f und 67 ff; Lauri 15 ff, 88 ff; Bürgi 50 ff; Mädrich 64 ff; Schwartz 1 ff; Perrig 293 ff; Giovannoni, causalité 255 ff; Weitnauer, a.K. 326 ff. Strafrechtliche Literatur: Gmür R. 72 ff; Walder, Kausalität 144.

b) Oftinger I 71 ff; Keller 47 ff; GMK 61 ff; Engel N 113; vTuhr 96 ff; Deschenaux, norme 402 ff; vBüren 54 ff; Deschenaux/Tercier § 4 RZ 30 ff; Kommentar Becker N 17 ff zu OR 41; Stark RZ 208 ff; Keller/Landmann T. 37 f; Känzig 25 (und 29); Casanova 73 usw. Weitere Hinweise unten c

173) BGE 96 II 396 (und dort zit. Entscheide); vgl. auch 93 II 337 f; 98 II 291; 101 IV 31; 101 II 69; 102 II 237 E 2 (Pra 66 64); 107 II 276 E 3. Kasuistik bei Oftinger I 77 ff; Keller 53 ff; Bürgi 103 ff und Gauch, BGer-Praxis 69 f

In der deutschen Lehre stösst man auf teilweise halsbrecherisch anmutende Wort- und Satzkonstruktionen:

"Eine Ursache sei inadäquat, wenn sie ihrer allgemeinen Natur nach für die Entstehung eines derartigen Schadens ganz gleichgültig sei und nur infolge anderer aussergewöhnlicher Umstände zu einer Bedingung des Schadens wurde" (ENNECCERUS-LEHMANN) oder "Eine Ursache sei adäquat, wenn sie einen generell begünstigenden Umstand für Folgen der tatsächlich eingetretenen Art darstelle, indem sie die Wahrscheinlichkeit eines derartigen Erfolges generell in nicht unerheblicher Weise erhöhe" (!) (TRAEGER) 174),

und schliesslich

"Ein Ereignis muss im allgemeinen und nicht nur unter besonders eigenartigen, unwahrscheinlichen und nach dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge ausser Betracht zu lassenden Umstände geeignet sein, einen Erfolg dieser Art herbeizuführen." (LANGE) 175)

Ich zitiere diese (deutschen) Formeln zum illustrativen Vergleich mit der schweizerischen Lehre; inhaltlich kann ich nämlich keine wesentlichen Unterschiede erblicken 176). Dasselbe gilt für die weiteren in der Literatur da und dort auftauchenden Stichworte, wie Wahrscheinlichkeit, Typizität, objektivierte Voraussehbarkeit, Abstrahierung oder Generalisierung der Bedingungen 177).

Als unbestritten kann diese h.L. allerdings keineswegs mehr gelten; besonders einige jüngere Schweizer Autoren stehen ihr heute kritisch bis distanziert gegenüber 178). Zum Teil

174) Zit. bei Huber 677 N 1

175) Zit. bei Lanz 17 N 43

176) Unten c aa; Weitnauer, a.K. 330. Vgl. dazu auch Lange 114 und dortige Fussnoten

177) Dazu unten c, bei Anm. 184 ff

178) V.a. Lanz und Maurer, vgl. Stark RZ 208, N 101; Widmer, Literaturanzeige (ZBJV 112, 1976) 391 f; Tercier, préjudice réfléchi, 266 N 91; Perrig, Kausalität 302; Offinger I 72 f N 5 - 7. Eine prägnante Zusammenfassung der wesentlichen Punkte findet sich bei Deschenaux/

beruht diese Entwicklung auf Einflüssen aus Deutschland, wo das "Abbröckeln" der Adäquanztheorie schon bedeutend weiter fortgeschritten ist 179). Dazu sind im folgenden noch einige Hinweise anzubringen.

c) Kritik 180)

aa) Unbestimmtheit des Adäquanzbegriffs

Die Adäquanzformeln geben sich einen wissenschaftlichen Anstrich 181), sind aber durchsetzt mit "Begriffen", die sich bei näherem Hinsehen als bloße Andeutungen und vage Hinweise herausstellen 182). Die Adäquanzlehre geht davon aus, dass ein Schaden unter verschiedenen Bedingungen entstanden ist, von denen manche unter haftpflichtrechtlichen Gesichtspunkten mehr Beachtung verdienen sollen als andere

Tercier § 4 RZ 44 - 50; Deschenaux, norme 408 ff; vgl. ferner Giovannoni, causalité, bes. 258 f, 260 ff, 278 ff; Schwartz, bes. 5 f, 10 f, 14

- 179) Mädrich 67 m.w.H.; Huber, bes. 677, 679 f, 682 f m.w.H.; Palandt, Vorbemerkungen von § 249 BGB N 5 m.w.H. Weitere Hinweise bei: Giovannoni, causalité 277 N 3 und 279 N 2; Deschenaux, norme 400 f N 9 ff
- 180) Die Adäquanztheorie im einzelnen kritisch zu durchleuchten ist zweifellos das Thema einer Dissertation für sich, und zwar einer recht umfangreichen, wie etwa die bereits mehrfach erwähnte Arbeit von Walter Lanz zeigt. Sie enthält materiell gute Ansätze, erkennt jedoch m.E., dass auch keine andere Theorie dem Juristen seine Wertungsarbeit ersparen, den Entscheid über Zurechenbarkeit eines Schadens, ja oder nein, abnehmen kann. Nach meinem Dafürhalten kann es nur darum gehen, den Entscheid in ein methodisch besser geeignetes und systematisch überzeugendes Umfeld (unten dd; C I, bes. 1) zu verlagern. Leider ist die Studie über weite Strecken für meinen Geschmack in einem allzu hochtrabenden Ton gehalten, so dass möglicherweise die inhaltliche Aussage darunter leidet. Vgl. die (wohlwollende) Rezension Pierre Widmers ("Notizen", ZBJV 112, 1976, 206/210), die einen guten Ueberblick und scharfsinnigen Kommentar vermittelt
- 181) Zit. Lange bei Lanz 21 N 32; Lanz 41 ff. Dieser Anschein wirkt irreführend, unten bb und dd
- 182) Die Unbestimmtheit bzw. Unklarheit dürfte ein Hauptvorwurf sein, der dem Adäquanzkriterium gemacht wird, vgl.

183). Zum Entscheid darüber, wieviele und welche dieser Bedingungen im konkreten Fall zu berücksichtigen sind, wird auf sehr allgemeine Massstäbe und Richtlinien verwiesen.

Wer sich die Mühe nimmt, den einschlägigen Stichworten etwas auf den Grund zu gehen und ihren Inhalt kritisch und konsequent zu prüfen, wird erkennen, dass sich hinter den verschiedenen "Zauberworten der adäquaten Kausalität" im wesentlichen ein und dasselbe Problem versteckt. So unterscheiden sich "Voraussehbarkeit" 184) und "Prognose ex post" 185) eigentlich nur durch die Anzahl der in Betracht gezogenen konkreten Schadensbedingungen 186); hinterher sind sie ja alle positiv bekannt, im vornherein einige davon mehr oder weniger eindeutig voraussehbar. Die "Generalisierung der Bedingungen" 187) hat denselben Zweck einer Vernachlässigung bestimmter Sachumstände im Sinne einer gewissen "Abstrahierung" 188) des Sachverhalts, einer Reduzierung auf "typisierte" 189) Kausalabläufe, welche eben diesbezüglich eine "generel-

Lanz 33 ff; Gmür R. 86 ff, 99; Giovannoni, causalité 278 f; Bürgi 74 f

183) Giovannoni, causalité, bes. 258 (ff); Perrig, Kausalität, bes. 294 (ff)

184) Keller 49, 52; Maurer 16; Deschenaux/Tercier § 4 RZ 33 f; Lanz 46 ff m.w.H.; Walder, Kausalität 145 f

185) Oftinger I 77; Deschenaux, norme 407; Maurer 17; Perrig, Kausalität 302; Stark RZ 212 f; Keller 48; Lanz 60 ff m.w.H.

186) Vgl. Giovannoni, causalité 259

187) Lauri 19 ff; Lanz 56 ff m.w.H.; Gmür R. 73 f, 80 f; Bürgi 85 ff; Weitnauer, a.K. 336 ff; Stark, Probleme 160 ff

188) Gmür R. 73, 75 f, 92 ff; Lauri 19 ff

189) Gmür R. 78, 80 ff mit wohlbegründeten Vorbehalten, die sich auf das Haftpflichtrecht etwa so übertragen lassen: ein Unfall ist fast immer eine unglückliche, nämlich atypische Verkettung von Umständen! Walder, Kausalität 146, 148. Deschenaux, norme 407 (N 30); Oftinger I 75

le Eignung" 190) aufweisen und so nach "allgemeiner Lebens-
erfahrung" 191) den eingetretenen Erfolg 192) von vornherein
als (objektiv) "wahrscheinlich" 193) erscheinen lassen.

Zusammenfassen lässt sich das ganze in der Formel der "ob-
jektivierten Voraussehbarkeit". Ungelöst bleibt dabei die
Frage nach der graduellen Intensität, d.h. in welchem Mass
diese Voraussehbarkeit objektiviert werden soll 194). Kon-
kreter 195): soll man auf die Voraussehbarkeit eines Allwis-
senden 196) abstellen, dem selbst im voraus kein Umstand,
keine Bedingung entgeht 197) oder etwa auf diejenige des
legendären bonus pater familias 198), auf diejenige des "Tä-
ters" 199) oder schliesslich auf diejenige eines "ausgemach-

- 190) Otfinger I 75; Stark RZ 213; Deschenaux, norme 406;
Perrig, Kausalität 302 ("objektive Möglichkeit"); vgl.
Weitnauer, a.K. 340 ff
- 191) Kommentar Becker N 22 ff zu OR 41 und bereits zit.
(Anm. 184 ff) weitere Literaturstellen
- 192) ...der sich ja seinerseits auch wieder "generalisieren";
also abstrahieren lässt, Bürgi 82 ff; unten C, bei Anm. 87
- 193) Lauri 18 f; Deschenaux, norme 406 f; Kommentar Becker
N 22 ff zu OR 41; Gmür R. 75 ff, 96 f; Lanz 35 f; Weit-
nauer, a.K. 330 ff
- 194) Dasselbe gilt auch für die anderen Schlagworte: wie
sehr typisiert? wie sehr abstrahiert? wie generell? usw.;
oben Anm. 182, vgl. auch Lauri 21 sowie Bürgi 75 ff.
Diese Fragen stellen sich in jedem Haftpflichtfall wie-
der anders, vgl. dazu unten C I 2 e, bes. bb und cc
- 195) Der Kürze halber verzichte ich an dieser Stelle auf
weitschweifige Beispielserörterungen, deren sich in der
Spezialliteratur (vgl. insbesondere Anm. 184 ff) in Hül-
le und Fülle finden
- 196) Womit man wieder bei der Aequivalenz- oder Bedingungs-
theorie (oben 1) anlangen würde; Maurer 16. Vgl. auch
die kritische Kommentierung einschlägiger BGer-Praxis
bei Giovannoni, causalité 260 ff. Mädrich 73, N 66; Wal-
der, Probleme (ZBJV 104, 1968) 169 beschwört in diesem
Zusammenhang den "Laplaceschen Weltgeist"; Perrig, Kaus. 301
- 197) Dann spielt es keine Rolle, ob die Voraussehbarkeit
ex post oder ex ante beurteilt wird; C.Chr. Burckhardt
(ZSR) 520 f; vgl. zu alldem auch vWattenwyl, Haftung 39 f

ten Trotts" 200), der seinerseits kaum noch etwas voraus-
sieht? Im übrigen gibt es noch weitere Zwischenlösungen in
fast unbegrenzter Vielfalt 201).

bb) Adäquanz und Verschulden

Der gängige Hinweis hinsichtlich der Abgrenzung zwi-
schen Adäquanz und Verschulden, für ersteres sei "objekti-
ve", für letzteres "subjektive" Voraussehbarkeit massgebend
202), kann vor dem Hintergrund eines "objektivierten Ver-
schuldensbegriffs" 203) überhaupt nicht überzeugen. Daraus
ergibt sich vielmehr die von LANZ hervorgehobene "Identität
der Argumentation" 204): die beiden "Begriffe" sind nicht aus-
einanderzuhalten 205).

- 198) Homberger 18a; vThur I 429; Lanz 85; GMK 161 ("braver
Hausvater")
- 199) "Subjektive Lösung", "individuelle Voraussehbarkeit"
(Maurer 16): zu alldem ausführlich Gmür R. 88 ff
- 200) Walder, Probleme (zit. Anm. 196) 169
- 201) Walder, Probleme (zit. Anm. 196) 169, bei Anm. 16; vgl.
dazu auch Lange 118 ff. Kap. 1, A III 2 b, Anm. 102
m.w.H.; unten C I 2 e, cc
- 202) Oftinger I 77 (N 19); Keller 49, 52; Giovannoni, causa-
lité 260; Deschenaux/Tercier § 4 RZ 34; Deschenaux,
norme 407 (bei N 31), usw.: alle mit Hinweisen auf die
Rechtsprechung. Strafrecht: Gmür R. 99 ff; Schultz
(3. Aufl.) 117
- 203) Oftinger I 143; unten C I 2 e cc
- 204) Lanz 65 ff; ebenso Maurer 51 ff; Schwartz, bes. 3 f,
5 ff, 14 f; GMK 62 (weitere Hinweise bei Maurer 51,
N 1 ff); vgl. auch Hauser R. 608 (f)
- 205) Vgl. dazu auch Deschenaux, norme 412; Stoll 184 m.w.H.
(N 2), 186; Dubs 38 (Strafrecht). ...auch dann nicht,
wenn man davon ausgeht, Verschulden sei nur hinsicht-
lich eines Schadens als "schlechte Wirkung" möglich,
vgl. Bürgi 18 f; unten C I 2 d aa, Anm. 29

Vollends unklar und widersprüchlich wird der Adäquanzbegriff dort, wo er auf der einen Seite den "Verdächtigen" davor bewahren soll, erst bei der Verschuldensprüfung entlastet zu werden 206), und andererseits als willkommenes Betätigungsfeld richterlicher Ermessensfreiheit in schwer lösbaren Fällen begrüsst wird 207). Denn: das Erstgenannte und überhaupt die ganze Idee und ursprüngliche Konzeption des Adäquanzbegriffs verlangen eine (überzeugende) Ja- oder Nein-Entscheidung und schliessen dritte Möglichkeiten sowie Abstufungen aus 208); zudem suggeriert diese Funktion eine irreführende Vorstellung von generell-abstrakter Aussagekraft, also von feststehenden, in einer Vielzahl von Einzelfällen anwendbaren Beurteilungskriterien. Diesem Anspruch kann ein Adäquanzbegriff niemals genügen, der einen beliebigen Grad von Voraussehbarkeit, von Intensität des Kausalzusammenhangs zulässt, was von manchen Autoren eben gerade als Vorteil gewertet wird, indem er ein Eingehen auf konkrete Umstände des

206) Die Inadäquanz soll gewissermassen verhindern, dass er überhaupt als "Täter" in Frage kommt; Keller 52; Mädrich 101 (unten) f. Dieser Ansicht kann ich mich nicht anschliessen, denn es geht ja nur um eine Frage der bei der Haftungsprüfung einzuhaltenden Reihenfolge, vgl. unten bei Anm. 213 f

207) "...fuite vers des considérations d'équité", Deschenaux, norme 410, mit Hinweisen auf die schweizerische und deutsche Rechtssprechung in N 45 f; Lanz 41 ff m.w.H.; Oftinger I 76 (N 17: wo würde denn die Grenze zwischen "aussergewöhnlich" und "ganz aussergewöhnlich" ungefähr liegen?); GMK 6. Aufl. 1972 S. 83 (die Aussage ist in der 7. Aufl. 1980 S. 62 - unter Berücksichtigung der polemischen Bemerkung von Lanz, 42? - erheblich relativiert), dazu auch Widmer, Notizen 210. vTuhr I 98; vBüren 55 f

208) Vgl. Keller 51 f; Lanz 77, der allerdings m.E. erkennt, dass Adäquanz im Sinne von Voraussehbarkeit sehr wohl abstufbar ist, vgl. dazu Walder, Kausalität 145 f; gl. M. Widmer, Notizen 208. Das ist eben einer der Gründe, weshalb solche Erwägungen nicht hierher gehören (sondern unter - unten, C I 2 e cc)

Einzelfalles, Billigkeit, kurz richterliches Ermessen zulässt 209). Als Zurechnungstheorie kann das Erfordernis eines adäquaten Kausalzusammenhanges nicht das leisten, was man sich von ihm verspricht, es sei denn, der Begriff "Adäquanz" werde viel weiter gefasst, so dass er schliesslich wirklich nicht viel mehr bedeutet als "Angemessenheit", nämlich rechtlich vertretbare, vernünftige und begründbare Zurechnung, also letztlich Haftbarkeit in den "richtigen", gesetzeskonformen Grenzen 210).

cc) Adäquanz und Kausalhaftung

Die einmal erstellte, ("natürliche") Kausalkette muss als nächstes an einen gesetzlichen Haftungstatbestand geknüpft werden 211); dogmatisch gesehen 212) beginnt damit die normative Wertung des Sachverhalts. Der Anknüpfungspunkt heisst in der Verschuldenshaftung "menschliches Verhalten", das in der Folge auf Verschulden und Widerrechtlichkeit zu prüfen ist, wobei die Reihenfolge im Grunde genommen 213) keine Rolle spielt 214). In der Kausalhaftung entspricht die-

209) Châtelain 220; Giovannoni, causalité 279; Lange 115 und die Zit. in Anm. 207. Vgl. allgemein Bürgi 3 ff. Es gilt das in der vorangehenden Anm. 208 a.E. Gesagte und die dortige Verweisung

210) Vgl. Kap. 1, B V 1, Anm. 195 m.w.H.

211) Unten C I, bes. 1

212) In der praktischen Rechtsanwendung gehen Sachverhalts-ermittlung und Rechtsfindung ineinander über, vgl. unten III 2, bes. a (m.w.H.); Kap. 1, B V, bes. 2 und 5

213) Praktische Gesichtspunkte dürften den Ausschlag geben, ob es eher angezeigt ist, "widerrechtliches Verhalten auf Verschulden" oder "schuldhaftes Verhalten auf Widerrechtlichkeit" zu prüfen; vgl. oben A, Anm. 20; unten C II 2 a a.E.

214) Deshalb ist auch der Einwand von Mädrich und Keller (oben Anm. 206) unbeachtlich, denn als "Täter" kommt jemand erst in Frage, wenn die erforderliche rechtliche Beziehung einmal hergestellt ist, also überhaupt menschliches Verhalten in Frage steht!

sem Element der "spezifische Risikozustand" 215); genau wie bei der Verschuldenshaftung liegt in dieser rechtlichen Anknüpfung die - bisher als Adäquanz bezeichnete - Beziehung, die rechtliche Angemessenheit der Haftung. Seltener als bei der Verschuldenshaftung wird sie 216) noch weiterer Korrekturen, Ergänzungen oder Verfeinerungen bedürfen, die auch hier anhand des Widerrechtlichkeitskriteriums zu erzielen sind 217).

Kurzum: die "Adäquanz" geht auf in Widerrechtlichkeit einerseits, dem allgemeinen subjektiven Anknüpfungskriterium 218) andererseits.

dd) Zusammenfassung

Die Adäquanztheorie wie sie heute noch überwiegend angewendet wird, überzeugt weder in ihrer Konzeption als Kausallehre, noch im konkreten Anwendungsfall. Sie vermag zur Lösung der ihr zugedachten Probleme kaum etwas zu leisten: teilweise erscheint sie als überflüssig - wenn nämlich, wie in zahlreichen Fällen, der gesuchte Nexus ohnehin von vornherein offen auf der Hand liegt 219) - und teilweise muss sie zur Ausscheidung der "rechtlich relevanten Kausalität" als nutzlos erkannt werden - wenn sie in den eigentlichen Grenz-

215) Kap. 1, B, bes. II 3 b, c, 4; III 4; V 5. Unten C I 3

216) Eben die Angemessenheit. Zur geringeren Bedeutung des Erfordernisses der Widerrechtlichkeit bei Kausalhaftungen: Kap. 1, B VI 2 a.A.

217) Unten C II; vgl. v.a. auch Kap. 3, bes. 4. Abschn.

218) Je nach Haftungsform schuldhaftes menschliches Verhalten oder das entsprechende Merkmal bei Kausalhaftungen, die "spezifischen Risikozustände" oder "qualifizierten Schädigungspotentiale", Verweise oben Anm. 215. Es handelt sich um die rein rechtlichen Kriterien des "haftpflichtrechtlichen Instrumentariums", Kap. 1, B VI (Anm. 240)

219) Giovannoni, causalité 280; symptomatisch Keller 52 ("..lediglich eine erste Sichtung"); Horn 123 ("Faustregel")

fällen auch nicht weiterhilft 220), weil ihr die von ihr beanspruchte Bestimmtheit im wesentlichen abgeht 221).

Ob man die Adäquanzlehre völlig "über Bord werfen" 222) will, ist Anschauungssache. Mich persönlich überzeugt es eher, wenn DESCHENAUX nicht ganze "trésors de sagesse accumulés par des générations de juges..." 223) einfach übergehen will. Soweit man unter "adäquat", angemessen, versteht, bedeutet der Ausdruck einfach "zurechenbar"; die Zurechenbarkeit aber sollte sich nach meinen Begriffen durch die Kriterien des haftpflichtrechtlichen Instrumentariums erschöpfend bestimmen lassen 224). Diese Betrachtungsweise würde es gleichzeitig mit sich bringen, dass die bisherigen "Adäquanzprobleme" im Rahmen des subjektiven Elementes konkreter werden 225) und Billigkeitsgesichtspunkte mehr Berücksichtigung finden könnten 226); wenig ändern würde sich dagegen an der Rechtssicherheit, denn diese vermag die Adäquanztheorie am allerwenigsten zu garantieren 227). Mit dem auf einem spezifischen

220) Widmer, Notizen 207; Maurer 15 (bei N 12); vgl. auch Lanz 33 f, 35 ff und 88 ff

221) Oben aa; vgl. auch die Beispiele bei vCaemmerer, Schriften I 403 unten ff

222) Lanz 91; vgl. dazu Widmer, Notizen 208

223) Deschenaux, norme 422 (unten)

224) Kap. 1, B VI (Anm. 240); oben, (bei) Anm. 209, 215 und 218. Vgl. auch das Zit. Widmer, unten III, Anm. 230. In diesem Sinn widersprüchlich Oftinger I 74

225) Und damit auch besser bestimmbar, vgl. unten Anm. 228; zum "subjektiven Element" oben (bei) Anm. 215, 218 m.w.H. Vgl. Widmer, Notizen 208, 210

226) Unten C I, bes. 2 e cc und dort insb. das Zit. Bürgi in Anm. 90 m.w.H.; vCaemmerer, Schriften I 409

227) Vgl. Widmer, Gefahrensatz 321 bei N 93; oben aa

Haftungstatbestand beruhenden subjektiven Anknüpfungskriterium zur Verantwortlichkeitsbegrenzung 228) wird man zwar letztlich auch nur um wenig weiter kommen, wie man wohl ehrlicherweise zugeben muss, aber es vermeidet zumindest eine irreführende, pseudowissenschaftliche Etikette sowie unnötige Doppelspurigkeiten und Leerläufe bei der Haftungsprüfung 229).

III. Ergänzende Betrachtungen

1. Standortbestimmung: Schaden und Kausalität als Sachverhalt

Nach Abschluss dieses ersten Schrittes jeder Haftbarkeitsprüfung, des Feststellungsvorganges, stehen die Tatsachen fest: der Schaden und die dazu führenden Umstände (natürliche Kausalität). Die Schadens-Zurechnung als solche kann naturgemäss erst jetzt beginnen; nur ein bereits feststehender Schaden kann zugerechnet werden. Ich möchte also nachdrücklich Thomas MAURER in seinem Bemühen unterstützen, die Zurechnungsfrage von derjenigen der Kausalität zu trennen 230).

Der sich nun darbietende Sachverhalt ist eben der Schaden mit allen seinen vielfältigen Ursachen im Sinne der Bedingungstheorie; man hat vom Schaden weg in der Zeitrechnung nach rückwärts verlaufende Kausalstränge vor sich. Somit ist folgende Situation von nun an einer rechtlichen Beurteilung zu unterziehen: eine Vermögensverminderung als Folge aller

228) Aus dieser normativen Begrenzung ergibt sich nämlich eine grössere Bestimmtheit des entsprechenden Haftungstatbestandes, weil es aus einem spezifischen Haftungstatbestand abgeleitet werden muss; dadurch stellt sich die Zurechnungsfrage bereits wesentlich konkreter, im Hinblick auf die gesetzlich vorgesehene und tendenziell eingrenzende formulierte Verantwortlichkeitsform; ähnlich Lange 135 f; vgl. Loretz/Wigand 75; Unten C I

229) Vgl. Weitnauer, a.K. 346

230) Oben II 2 a, bes. a.E. und dortige Anmerkungen; ebenso Widmer, Notizen 211: Zurechnung als "Selektions- und Wertungsaufgabe des Juristen - eben das Herstellen der Adäquanz..". Kap. 1, B V 1, Anm. 195 m.w.H.

Bedingungen, die nicht hinweggedacht werden können, ohne dass auch der Schaden entfielen.

2. Praktische Gesichtspunkte

a) Zum Vorgang der Rechtsanwendung

Die Trennung zwischen Tat- und Rechtsfragen, Feststellungs- und Wertungsvorgang, Ermittlung und Zurechnung, welche den vorliegenden theoretischen Betrachtungen zugrunde gelegt wurde, hat in der praktischen Rechtsanwendungsarbeit durch den Richter natürlich erheblich weniger Bedeutung 231) und kann vor allem auch gar nicht strikt durchgeführt werden 232). Rechtsanwendung oder Subsumtion verlangt in diesem Sinn eine gleichzeitige Berücksichtigung der tatsächlichen, gleichsam historischen, zur Beurteilung stehenden Vorgänge (Begebenheiten) und der in Frage kommenden Rechtsnorm; es ist ein Hin- und Herwandern des Blicks zwischen Sachverhaltsfeststellung und Rechtsfindung 233). So wird man von vornherein versuchen, diejenigen Schadenfälle zu ermitteln, die grosso modo als zurechenbar erscheinen und

231) Vgl. aber unten b, c

232) Vgl. Gygi in Zeitschr. recht 1 (1983) 73; Berner Kommentar Meier-Hayoz N 32 zu ZGB 1; oben I 4 (bes. a und c)

233) Wie zwischen Information und Bewertung überhaupt (oben I 4 a) herrscht zwischen den beiden Elementen ein gewisses Spannungsfeld; vgl. dazu Meier-Hayoz, Einleitungsartikel, Skriptum Zürich 1979, 3. Aufl. (inzwischen allerdings bereits neu aufgelegt) 6: "Eine klare Trennung zwischen Tatfrage (Sachverhaltsfeststellung) und Rechtsfrage (Rechtsfindung) ist zwar zur Erfassung der sich stellenden Probleme notwendig. Dabei soll jedoch nicht geleugnet werden, dass bei der richterlichen Entscheidung eines konkreten Falles die Scheidung nicht in dieser Weise durchführbar ist. Die Rechtsregel wird immer nur in ständiger Beachtung des konkreten Sachverhalts gefunden. Andererseits ergibt sich der juristisch relevante Sachverhalt immer erst beim Heranziehen der Rechtsregeln." Ebenso Gmür R. 59 f (vgl. bes. das Zit. Engisch bei N 4); vDäniken 11 f; vgl. oben I 4, bes. a und c; unten c, bei Anm. 244

Kausalketten zurückverfolgen, bei denen eine gewisse Aussicht darauf besteht, dass sie "irgendwann" zu rechtlich relevanten 234) Ursachen führen werden.

In diesem Sinn dürfte auch der Hinweis vBUERENS zu verstehen sein, es sei "eiserne Regel, dass derjenige, der dieser Kausalkette allseitig fernsteht, ausser Verantwortlichkeit ist" 235). In der Tat liegt in dieser Aussage, welche sich als erste negative, rechtliche Folgerung aus dem einmal festgestellten Sachverhalt ziehen lässt, gleichzeitig eine erste Begrenzung des als Schadenersatzpflichtig in Frage kommenden Personenkreises.

b) Beweisfragen

Auch im erstinstanzlichen Zivilprozess hat natürlich die Trennung von Rechts- und Tatfragen eine grosse Bedeutung. Zusätzlich zu den bereits erwähnten Gesichtspunkten möchte ich in diesem Zusammenhang noch folgende Ueberlegung anführen: Der Tatrichter in diesem kantonal geregelten Verfahren wäre wohl zweifellos befugt, eine rechtliche Beurteilung von Widerrechtlichkeit und Verschulden von Amtes wegen, gestützt auf den seitens der Parteien vorgebrachten und bewiesenen Sachverhalt vorzunehmen; dies dürfte aber kaum der Fall sein, sollte es an parteiseitigen Vorbringen zum Schaden oder zur

234) Zu "adäquaten" i.S.v. "angemessen" oder zurechenbar, oben Anm. 230 mit Hinweis auf Kap. 1, B V 1, Anm. 195 m.w.H.

235) vBüren 48; vgl. auch Deschenaux/Tercier § 4 RZ 9 ff: Das ist der Fall, wo sich keinerlei rechtliche Anknüpfung bzw. subjektive Beziehung herstellen lässt; ich sehe jedoch nicht ein, inwiefern mit diesem Eingeständnis die Berechtigung eines besonderen rechtlichen Kausalbegriffes anerkannt sein soll, wie Bürgi meint (Bürgi 14 [bei] N 2 f [zit. Häberlin])

Kausalität fehlen. Die Verhandlungsmaxime schliesse hier Nachforschungen und zusätzliche Beweiserhebungen grundsätzlich aus 236).

Wer auf strikte Formulierung Wert legt, muss darauf hinweisen, dass in bezug auf Verschulden und Widerrechtlichkeit keine direkte Beweisbarkeit angenommen werden kann; denn nur die Umstände, welche darauf schliessen lassen (könnten), sind als unmittelbares Beweisthema denkbar. Obwohl OFTINGER - in diesem Sinn wenig präzise - zum "eisernen Beweisthema" alle vier Merkmale zählt 237), hat er doch diese Nuance auch erkannt und weist darauf hin 238). Der prozessrechtliche Grundsatz *iura novit curia* 239) bedeutet in diesem Zusammenhang, dass einem Kläger, der sich etwa nicht ausdrücklich auf Widerrechtlichkeit oder Verschulden beruft, kein prozessualer Nachteil erwachsen dürfte, wenn es möglich ist, das Vorliegen dieser rechtlichen Merkmale aus dem erwiesenen Sachverhalt zu schliessen 240); dies ist m.E. der Fall, wenn "Schaden" und "Kausalität" erschöpfend dargelegt werden. Während sich richterliches Ermessen bei der Beurteilung von Schaden und Kausalität wohl hauptsächlich auf die Freiheit der Beweiswürdigung beschränkt 241), ist der Richter in seiner

236) Kummer, Berner Kommentar N 11 f (f) zu ZGB 8 m.w.H.; Oscar Vogel in Zeitschr. recht 3 (1985) 65 unten f

237) Oftinger I 47 f (Kap. 1, B VI 1, Anm. 243)

238) Oftinger I 140 bei N 14; vgl. (Berner) Kommentar Kummer N 210 zu ZGB 8; ebenso vBüren 70 (unten) f; anders, aber m.E. unrichtig Lanz 44 f N 129 und 197 f; vgl. dazu auch Baader 142 f, 227 und 228. "Rechtsfragen" dürfen - nach dem Grundsatz *iura novit curia* - nicht als "Beweislast" auferlegt werden; gl. M. vDäniken 20 f

239) Oben Anm. 236

240) Oben I 4 c

241) vDäniken 46 f; vgl. dazu auch Horn 125 bei N 56

normativen Wertung der übrigen Haftungsvoraussetzungen im Rahmen der materiellen Rechtssätze zwar einerseits gebunden, aber vor allem auch dank weiter Ermessensspielräume frei 242). Prozessrechtlich trifft die Parteien in diesem Fall nicht eine Beweislast, sondern allenfalls eine Substanziierungspflicht 243).

c) Prozessuales

An diese Zweiteilung könnte sich auch ein Anwalt im zivilprozessualen Vorverfahren anlehnen, indem er in seiner Rechtsschrift unter "Sachverhalt" den Schaden und dessen Entstehung darlegt und unter "Rechtliches" diejenigen Umstände nochmals hervorhebt, welche auf Widerrechtlichkeit und Verschulden schliessen lassen. Der Richter hat sodann in seinem Beweisbeschluss nur die rechtsrelevanten Behauptungen aufzunehmen und zum Beweis zuzulassen 244): nämlich soweit sie die Aussicht eröffnen, Tatsachen und Sachumstände zu erbringen, welche ihm erlauben, (pointiert ausgedrückt) Schaden und Kausalität auf Verschulden und Widerrechtlichkeit zu prüfen. Es ist das Bestreben, die Beweisführung, ja den ganzen Prozess möglichst von vornherein auf rechtsrelevante Behauptungen zu beschränken. Etwas vereinfachend gesagt: das Beweisverfahren eines Zivilprozesses über Haftpflichtfragen hat tatsächliche Aspekte zum Gegenstand, die sich im grossen Ganzen unter die Begriffe Schaden und Kausalität einordnen lassen; der Blick auf die sich stellenden spezifischen Rechts-

242) Kap. 1, A I 1 bei Anm. 7 f sowie das. 3 (bei Anm. 19 f)

243) Kummer, Grundriss des Zivilprozessrechts, Bern 1978 (inzwischen neu aufgelegt) 76, 120, 125 f; vgl. Guldenner, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl. Zürich 1979, 155 ff m.w.H.

244) Hier zeigt sich deutlich das Wechselspiel zwischen Sachverhaltsermittlung (Beweiserhebung) und Rechtsanwendung (Entscheid über "Erheblichkeit", also Rechtsrelevanz); vgl. oben a; vgl. zu alldem auch (Berner) Kommentar Kummer N 10 - 12 zu ZGB 8

probleme 245) hat deren Auswahl wesentlich mitzubestimmen.

- 245) Die mehr rechtlichen als tatsächlichen Kriterien des haftpflichtrechtlichen Instrumentariums Widerrechtlichkeit, Verschulden, qualifizierter Risikozustand (Kap. 1, B VI)

C. Wertungsvorgang anhand haftungsbegrenzender Kriterien

I. Anknüpfungspunkte in der Kausalkette (oder: Die subjektiven Zurechnungskriterien)

1. Ausgangspunkt

Während sich Feststellungs- und Wertungsvorgang in der praktischen Rechtsanwendung untrennbar vermischen 1), können diese beiden Schritte einer Haftungsprüfung formal-theoretisch auseinandergehalten werden. So betrachtet stellt sich das bisherige Zwischenergebnis wie folgt dar: an einen bereits entstandenen Schaden knüpfen sich zahlreiche, noch ungeordnete Kausalketten an, die im Zeitablauf beliebig weit zurückverfolgt, nämlich ermittelt werden können.

Im folgenden ist nun das Problem zu lösen, wie weit zurück eine solche Ermittlung zu erfolgen hat. Es geht mit anderen Worten um die rechtsrelevante Ursache. Diese wird bestimmt durch den haftungsbegründenden Tatbestand, denn daran knüpft das Gesetz eine bestimmte Haftung; gleichzeitig ist damit wiederum die Frage nach den Haftungsgründen angesprochen 2). Bei der hier gewählten Darstellungsweise handelt es sich um subjektive Zurechnungskriterien.

2. Schuldhaftes menschliches Verhalten

a) Der gesetzliche Haftungstatbestand: Art. 41 OR

Nur menschliches Verhalten lässt sich als verschuldet oder unverschuldet qualifizieren; wer also eine Haftung auf den gesetzlichen Tatbestand von Art. 41 OR gründen will, sieht sich zweckmässigerweise erst einmal nach schuldhaftem mensch-

1) Oben B III 2 m.w.H.

2) Vgl. insbes. Kap. 1, B, bes. II 3, 4, V. Die Kausalität ist das "natürliche" Bindeglied zwischen Haftungstatbestand und eingetretenem Schaden (Vermögensverminderung). Zu alledem und zum folgenden auch Horn 63 ff und 73 ff (Kap. 1, B Anm. 199 m.w.H.)

lichem Verhalten um 3). Damit wird im Fall unserer theoretischen Haftungsprüfungsmethode bereits eine erhebliche Reihe von andernfalls in Frage kommenden Kausalreihen ausgeschlossen, da sie sich nicht an schuldhaftes oder nicht einmal an menschliches Verhalten anknüpfen lassen; bei diesen kann allenfalls ein anderer Haftungstatbestand als Anknüpfungspunkt bestehen und muss ebenfalls geprüft werden (unten 3).

Dass hiermit normative Gedankengänge einsetzen, also Rechtsfragen geprüft werden, wird nun deutlich, denn die Kausalreihe als faktischer Ablauf von äusserlichen Vorgängen wird an eine Gesetzesbestimmung geknüpft 4).

b) Verhaltensbegriff und Kausalkette

Zur Erfassung und zum richtigen Verständnis des Verhaltensbegriffs ist an dieser Stelle an KAENZIGS Unterscheidung zwischen "Schaden" und "Aussenerfolg" eines "körperlichen Verhaltens des Schädigers" zu erinnern; es wurde bereits bei der Erörterung des Schadensbegriffs darauf hingewiesen 5). Am angeführten Ort 6) entwickelt KAENZIG diesen Gedanken mit Hilfe von kriminalistischer Literatur 7) unter dem Titel "Das menschliche Verhalten (§ 7)" weiter. Man kann dazu auch

3) Vgl. Oftinger I 82 f; Desax 6; eingehend Känzig 21 ff (18 ff); ferner auch Keller 90. Horn 63 (ff): der "Handlungsbegriff" bestimmt den Anknüpfungspunkt der "Zurechnung" (oben Anm. 2 m.w.H.)

4) Subsumtion unter OR 41

5) Känzig 20; vgl. oben B I 3 a

6) Känzig 21-25

7) Känzig (S. 21 N 2) vermerkt - m.E. zu Recht -, dass der Verhaltenslehre in der zivilistischen Rechtslehre zu wenig Beachtung zuteil werde; zweifellos lassen sich auch heute noch verschiedene Unklarheiten und Verwirrungen hauptsächlich auf diese Vernachlässigung zurückführen

gewisse Ausführungen von DESAX 8) zusätzlich beiziehen. Denn was KAENZIG mit der Bezeichnung "menschliches Verhalten" 9) meint, entspricht dem Begriff "Eingriff" bei DESAX. Was KAENZIG "Aussenerfolg" nennt, heisst bei Desax "Beeinträchtigung eines Rechtsgutes" 10).

Das Fazit beider Literaturstellen liegt darin, dass der Kausalzusammenhang drei mehr oder weniger leicht voneinander trennbare Erscheinungen miteinander verbindet, nämlich 1. das sogenannt "körperliche Verhalten", 2. dessen "Aussenerfolg" und 3. den Schaden (im Sinne von Vermögensverminderung). Der Verhaltens- bei KAENZIG, bzw. Eingriffsbegriff 11) bei DESAX umfasst die ersten beiden dieser drei Punkte unter Ausschluss des dritten. In der deutschen Doktrin spricht man in dieser Beziehung von haftungsbegründender für die 1. - 2. Stufe sowie von haftungsausfüllender Kausalität für die 2. - 3. Stufe 12).

In diesem Punkt Klarheit zu schaffen, scheint mir durchaus nicht überflüssig, weil es ja um den Anknüpfungspunkt der Zurechnung geht. Ob dieser im "körperlichen Verhalten" oder im

8) Desax 6 ff

- 9) Dieses umfasst bei Känzig die vier Elemente "körperliches Verhalten des Schädigers", (davon zu unterscheiden) "Aussenerfolg", Verursachungswillen (bzw. Möglichkeit des Wollens) und Kausalzusammenhang zwischen körperlichem Verhalten und Aussenerfolg
- 10) oder Rechtsgutverletzung, wobei Desax aber damit nicht bereits die Widerrechtlichkeit "impliziert" haben möchte, denn er unterscheidet ja zwischen erlaubten, widerrechtlichen und unerlaubten i.w.S. Eingriffen (S. 12); anders wird die Rechtsgutverletzung von der "Erfolgsunrechtslehre" verstanden, vgl. dazu Kap. 3, 2. Abschn. A III; B
- 11) Wegen der wie Wortklauberei wirkenden Unterscheidung zwischen "menschlichem" und "körperlichem" Verhalten bei Känzig scheint mir dieser Ausdruck glücklicher zu sein
- 12) Vgl. dazu die oben, B I 5 d, Anm. 127, angeführten Hinweise

gesamten Eingriff (nach Desax) zu sehen ist, ist nicht gleichgültig 13); insbesondere ist mit einer Vernachlässigung derartiger Probleme die Gefahr weiterer Missverständnisse verbunden. Als nicht angebracht erscheinen deshalb die wegwerfenden Betrachtungen von Walter LANZ 14) zu diesem Thema.

Es lässt sich eine Parallele zu den Erfolgsdelikten im Strafrecht ziehen, bei denen das verpönte Verhalten des Straftatbestandes ohne Zweifel auch den Aussenerfolg umfasst, ohne den strafrechtlich gesehen nur ein Versuch übrig bleibt 15).

c) Das Problem der Unterlassung

Die kontroverse Frage, ob auch eine Unterlassung als "natürlich kausal" für ein Ereignis gelten könne 16), wird aus dieser Sicht eigentlich belanglos. Selbstverständlich kann

- 13) Die Frage wird in Kap. 3, 2. Abschn. erörtert: die "Verhaltensunrechtslehre" scheint mir eher an ein sog. "körperliches Verhalten" anknüpfen zu wollen, ohne deren "Aussenerfolg" einzubeziehen
- 14) Lanz 9 und 177 ff, bes. 181. Ein Irrtum Lanz' ist zweifellos auch sein Verständnis von "zwei Haftungsarten" (S. 9); er übersieht offenbar die Notwendigkeit eines klar definierten Verhaltensbegriffs im Haftpflichtrecht
- 15) Im Zusammenhang mit Bemerkungen zur "Verhaltensunrechtstheorie" werde ich auf diese Gesichtspunkte zurückkommen und aufzuzeigen versuchen, dass sich die angetönte Kontroverse zwischen Erfolgs- und Verhaltensrechtstheorie anhand eines richtig aufgefassten Verhaltensbegriffs weitgehend auflösen lässt (Kap. 3, 2. Abschn. A III und B, bes. I 1)
- 16) Die (physikalische) Logik spricht dagegen: "ex nihilo nihil fit", vgl. Engel N 112; Känzig 131 ff; Stark RZ 234 ff; Oftinger I 88 ff; Deschenaux/Tercier § 2 RZ 5 f (i. w. mit der Annahme einer "natürlichen" Kausalität der Unterlassungen als "juristische" Konstruktion); vgl. auch Keller 66 und Widmer, Standortbestimmung 317. Bestimmter ist die Strafrechtslehre: Schultz (3. A.) 128; Stratenwerth, AT I 384; Hauser/Rehberg, Strafrecht I, 3. Aufl. 1983, 177; Noll, AT I 74. Gleich wie meine Ansicht Horn 74 (N 63): "uninteressant"

menschliches Verhalten auch in Untätigkeit bestehen 17); der "Schädiger" steht dann gewissermassen - um ein plastisches Bild zu gebrauchen - am Strassenrand der Ereignis- bzw. Kausalabläufe, er sieht diesen allenfalls interessiert zu. Phänomenologisch sind sie natürlich eben so gut oder so schlecht erklärbar, wie jede andere natürliche Kausalität. Charakteristisch ist, dass der "Betrachter" gerade nicht in sie eingreift, um Einfluss darauf auszuüben oder sie allenfalls in andere Bahnen zu lenken, kurz: den (voraussehbaren) Schadenseintritt zu verhindern.

Genau wie bei der schädigenden Handlung ist dieses Verhalten einem normativen (Un-) Werturteil zu unterziehen; anhand der Kriterien Verschulden und Widerrechtlichkeit ist darüber zu entscheiden, ob vom Rechtsstandpunkt aus betrachtet ein anderes, wenn ja, welches Verhalten am Platz gewesen wäre und ob dieses auch etwas genützt hätte (Relevanz 18)).

d) Verschulden

aa) Begriff

Aus einer ausserordentlichen Vielfalt von Aspekten und Facetten heben sich doch zwei wesentliche Seiten des Schuldbegriffs ab und sind deutlich erkennbar: ein normati-

- 17) "Verhalten" ist so der Oberbegriff über (aktiver) "Handlung" und (passiver) "Unterlassung"; wie so oft sind die Uebergänge fliessend und vielfach beide Qualifikationen vertretbar, die Abgrenzung also eine Ermessenssache; diese erachte ich jedoch gar nicht als wichtig. Bei der rechtlichen Wertung hängt es zudem oft lediglich von der Formulierung ab, ob ein Verstoss gegen Gebote oder Verbote vorliegt, vgl. auch vCaemmerer, Schriften I 481 ff
- 18) Dieses Merkmal betrachte ich als eine der verschiedenen Funktionen des Fahrlässigkeitsbegriffs; eingehender dazu unten e, bes. bb

ver und ein psychologischer Teil 19). Indem das Gesetz in Art. 41 Abs. 1 OR von Schadenszufügung "mit Absicht 20) oder aus Fahrlässigkeit" spricht, bringt es zum Ausdruck, dass es dabei um eine innere Beziehung des Subjekts 21) zu gewissen äusserlichen Vorgängen 22) geht 23). In diesem Gesetzestext sehe ich einen gewissen Vorrang des psychologischen Aspekts, zumindest kann dieser sicher neben dem normativen als wenigstens gleichwertig gesehen werden. Ein rein psychologischer Verschuldensbegriff würde den völligen Verzicht auf rechtliche oder moralische Wertung der erwähnten inneren Beziehung bedeuten, was bei der Absicht durchaus, bei der Fahrlässigkeit jedoch nicht ohne weiteres möglich wäre 24). Es gilt jedoch nunmehr ernst zu machen mit der im vorangehenden Kapitel entwickelten These, wonach sich das negative rechtliche Werturteil aus der Verbindung von Widerrechtlichkeit und Verschulden ergibt 25).

19) Tobler 19 ff, 24 ff, bes. 24-26 und 27-32; Schultz (3. Aufl.) 162 und 165 (unten) f

20) Damit ist Vorsatz gemeint, Oftinger I 142, N 17; Hauser 610 oben

21) Vgl. insbesondere zu Absicht und Fahrlässigkeit Tobler 33

22) Nämlich die festgestellten Ereignisabläufe oder Kausalketten, die Schadensentstehung, vgl. unten bb

23) Ich hebe diesen Punkt bewusst deutlich hervor, denn er ist von einiger Bedeutung für das Verständnis der hier dargelegten Gedankengänge. Diese "Innerlichkeit" wird auch in der Lehre verschiedentlich erwähnt; Känzig 30, spricht von einem sich in der Innenwelt des Handelnden abspielenden Vorgangs; vBüren 58 ("geistiges Phänomen"); vTuhr I 427 ("geistiges Verhalten des Täters"). Anders, und m.E. bereits mit der Widerrechtlichkeit vermischend, die Definition bei Stark, RZ 443 (441 ff, 456 ff) mit Hinweisen auf weitere Standardliteratur. Dazwischen GMK 72 ("Willensfehler"); Deschenaux/Tercier § 7 RZ 3; Engel N 104; Yung 124 ff. M.E. unklar Giger 374 f und 390 ff. Hinweise zur Rechtssprechung: vgl. Gauch, BGer-Praxis 70 f, 76 f

24) Unten Anm. 29 m.w.H.

25) Unrecht, im Deliktsrecht Unwerturteil, vgl. Kap. 1, bes. B V 4, bei Anm. 213

Wenn das Gesetz in Art. 41 Abs. 1 OR von einer grundsätzlichen Gleichordnung der Merkmale Widerrechtlichkeit und Verschulden ausgeht 26), so ergibt sich daraus zwangsläufig eine gewisse Gegenüberstellung dieser Begriffe, was bedingt, dass jedem von ihnen eine gewisse inhaltliche Eigen- und Selbständigkeit zuerkannt wird. Als vertretbare und konsequent durchführbare Alternative dazu bliebe nur noch der völlige Verzicht auf eine Abgrenzung, nämlich eine Verschmelzung der beiden Begriffe 27) in eine einzige Haftungsvoraussetzung, welche nach der hier gewählten Terminologie "Unwerturteil" heissen müsste 28).

Eine solche Gegenüberstellung - das hat sich bei all meinen Überlegungen immer wieder gezeigt - ist nur dann möglich, wenn man das Verschulden tendenziell als rechtlich möglichst neutrale innere Einstellung zu äusseren Geschehnissen auffasst. Zerlegt man die beiden Schuldformen in ihre Begriffselemente, so wird man erkennen, dass die moralische Einstellung von "Absicht" oder auch "Fahrlässigkeit" durchaus im Hinblick auf rechtlich nicht zu beanstandende, also erlaubte Entwicklungen denkbar ist 29). Dabei mag helfen, dass hier

- 26) So ausdrücklich Oftinger I 134 f (vgl. auch dortige N 38): "...erscheint im Wortlaut von OR 41 I die Widerrechtlichkeit als Voraussetzung der Haftbarkeit neben dem Verschulden, als diesem koordinierter Begriff."
- 27) Das ist nach schweizerischem Haftpflichtrecht abzulehnen, Kap. 3, 1. Abschn., bes. B VI. Für allgemeine Hinweise zur Abgrenzung von Widerrechtlichkeit und Verschulden vgl. das. 3. Abschn.
- 28) Bei vBüren "Vorwerfbarkeit", im französischen Recht "faute" genannt (Kap. 3, 1. Abschn. A I 2 und II 2 a); vgl. dazu Kap. 1, B V 4, bes. (bei) Anm. 219
- 29) Unten Anm. 40 und dortige weitere Verweisungen. Es ist klar, dass - auch im Sprachgebrauch - Verschulden sich eher "auf schlechte Wirkungen" bezieht (Bürgi 18; Tobler 28 unten [ff]); bei der Fahrlässigkeit zeigt sich dies deutlicher als beim Vorsatz, vgl. dazu auch Larenz 259 f; unten bei Anm. 51 f und bei Anm. 62; ferner immerhin aber auch unten III 1, (bei) Anm. 207 sowie Kap. 3, 1. Abschn. B IV 1. In ähnlichem Sinn auch Zeuner 1 ff, bes.

die Verschuldensfrage vor dem Merkmal der Widerrechtlichkeit abgehandelt wird, wodurch das Moment der rechtlichen Missbilligung vorerst ausgeklammert werden kann und erst am Schluss der Haftungsprüfung voll zum Tragen kommt.

In Erinnerung zu rufen ist an dieser Stelle jedoch eine im vorhergehenden Kapitel getroffene Unterscheidung:

- "Verschulden" als Haftungsgrund oder -tatbestand, in dieser Arbeit als "Unwerturteil" bezeichnet, welches Widerrechtlichkeit und Verschulden im engeren Sinn voraussetzt 30). Der Sprachgebrauch ist diesbezüglich etwas unpräzis und kann zu Verwirrungen Anlass geben. In diesem Begriff ist tatsächlich die vom Wortsinn her suggerierte, negativ gefärbte rechtliche Wertung enthalten, aber die Widerrechtlichkeit verliert ihre begriffliche Selbständigkeit und geht darin auf.
- "Verschulden" als Element des "Unwerturteils", des Zurechnungsvorganges, neben dem als eigenständiges zweites Element die Widerrechtlichkeit besteht, die wenigstens einigermaßen davon abgegrenzt werden kann und muss.

bb) Das Substrat 31) der Verschuldensqualifikation

So kann es zu Missverständnissen Anlass geben, erst die Widerrechtlichkeit, dann das Verschulden eines Verhaltens zu prüfen; geradezu unrichtig aber schiene es mir, Verschulden auf die - unmittelbar vorangehend behandelte - Wi-

4 ff; Guhl differenziert in diesem Zusammenhang zwischen "technischem" und "eigenem" Verschulden, vgl. dazu unten Anm. 32 und 207

30) Kap. 1, B V 4 (vBüren: "Vorwerfbarkeit"), vgl. unten Anm. 39 m.w.H. sowie oben Anm. 28; oben A, bes. II. "Verschuldenshaftung"

31) Worauf sich die Wertung als Verschulden bezieht; der Bezugspunkt, das Objekt der Wertung; vgl. dazu Horn 68 f

derrechtlichkeit zu beziehen 32). Dies halte ich für einen Denkfehler 33), der eine überzeugende Trennung zwischen Widerrechtlichkeit und Verschulden ausschliesst 34). Das "Unwerturteil" als rechtspolitische Grundlage der Verschuldenshaftung, als ihr eigentlicher Haftungsgrund lässt sich nur aus beiden Merkmalen Widerrechtlichkeit und Verschulden ableiten 35). Wer dies nicht erkennt, muss vor der Abgrenzungsfrage resignieren, denn er wird die "objektive Seite des Verschuldens" 36) kaum mehr einleuchtend von der Widerrechtlichkeit trennen können 37). Beispielsweise scheint es mir bezeichnend zu sein, wenn hier Verschulden definiert wird als "Abweichung von einem Normaltypus, der Schädigungen zu vermeiden" bestrebt ist, dass jedoch in Verstössen gegen das Grundgebot *neminem laedere* der Kern der Widerrechtlichkeit gesehen wird 38), wodurch den beiden Begriffen also ein nahezu identischer Inhalt zukäme. In diesem Fall hätte aber

- 32) Vgl. Guhl 77 f (f): also nicht "technisches", sondern "eigenes" Verschulden. Anders jedoch Stark RZ 447 und Engel N 105 (317) (widersprüchlich, vgl. Anm. 33), Oftinger I 142: "man hat eine gewollte Rechtswidrigkeit vor sich...", deutlich auch - für das Strafrecht - Schwander Vital RZ 193: hier geht die Rechtswidrigkeit in der Fahrlässigkeit auf (oben nach Anm. 30). Vgl. dazu Zeuner 1 sowie unten bei Anm. 54; Anm. 63
- 33) Es würde doch wohl bedeuten, dass Schuld Bewusstsein der Rechtswidrigkeit voraussetzt, was für das Haftpflichtrecht abzulehnen ist: unten III 2; BGE 82 II 317; vgl. die Zit. oben Anm. 32. BGE 91 II 42 (zit. unten A. 45)
- 34) Oben aa, bes. bei Anm. 27 f m.w.H.; unten Anm. 37
- 35) Oben (bei) Anm. 25, 30
- 36) Oftinger I 141; Giger 393; Keller/Landmann T. 52 usw.
- 37) Yung, bes. 124 f; Giger 392 f; Widmer, Standortbestimmung, bes. 296 f; 319 f; Gefahrensatz 305 f. Vgl. Engel N 104 (313 f); Homberger 28a; oben aa
- 38) Die Rede ist von zwei Lehrbüchern, die im Kern zweifellos beide überkommene Begriffskonzeptionen vertreten: Keller/Landmann T. 55 und Oftinger I 130

auch eine unterschiedliche Bezeichnung keinen Sinn mehr. Nach meiner Auffassung äussert sich der Fehler eben darin, dass die Momente "Missbilligung" oder "rechtliche Tadelnswürdigkeit" eines Verhaltens in den Verschuldensbegriff integriert werden 39).

Richtigerweise ist das Verschulden jedoch auf die äusseren Vorgänge, auf die festgestellten Geschehensabläufe zu beziehen. Das Substrat der Verschuldensqualifikation sind somit die als Schaden und Kausalität ermittelten haftungsauslösenden Tatsachen. Es stellt sich hier nämlich die Frage nach der inneren Beziehung des Täters zum Kausalablauf, welcher sein Verhalten mit dem entstandenen Schaden "verbindet". Diese Beziehung ist grundsätzlich (und theoretisch!) unabhängig von der Widerrechtlichkeit, braucht also - wie bereits bemerkt - nicht negativ gefärbt zu sein, wie sich so gleich an den konstitutiven Elementen der einzelnen Schuldformen zeigen dürfte 40). "Da der Richter in die Menschen nicht hineinsehen kann", bleibt ihm nur die Möglichkeit, anhand von erkennbaren "Äusserungen" der fraglichen "Innenweltsvorgänge" auf diese zu schliessen 41).

39) So etwa Oettinger I 138, 141; Keller 74; Deschenaux/Tercier § 7 RZ 3; GMK 72, 161; Casanova 143; vTuhr I 427 (der Vorwurf ist bereits mitenthalten); Keller/Landmann T. 52-56 (Vorwerfbarkeit als Abweichung vom Normalverhalten); Stark RZ 443: (vgl. oben aa, bei Anm. 30; Verschulden "i.w.S.") das Unwerturteil ist - inklusive Widerrechtlichkeit - derweise bereits "perfekt". Dies entspricht eben dem, was vBüren als Verantwortlichkeit oder Vorwerfbarkeit bezeichnet, vBüren 47 und 256 ff, vgl. oben Anm. 28 und 30 sowie Kap. 3, 1. Abschn. A II 2 a. Der Konflikt ist offenbar erkannt bei Känzig (vgl. S. 32). Hinweise zur Rechtsprechung: vgl. oben Anm. 23 a.E. (Gauch)

40) Vgl. unten cc und e: "Wissen", "Willen" (Vorsatz) sowie "Voraussehbarkeit", "Vermeidbarkeit" (Fahrlässigkeit) sind ja im Grunde sowohl rechtlich, wie moralisch neutrale Begriffe

41) Känzig 30

cc) Schuldformen 42)

Nach Art. 18 Abs. 2 StGB bedeutet Vorsatz "mit Wissen und Willen". Diese Definition darf wohl ohne weiteres auf das Zivilrecht übertragen werden und wird sinngemäss auch in Lehre 43) und Rechtsprechung 44) anerkannt. Gerade der in diesem Zusammenhang oft zitierte Entscheid BGE 91 II 42 bekräftigt die Einsicht, dass sich der Vorsatz, also Wissen und Willen und damit das Verschulden generell, nicht auf die Rechtswidrigkeit, sondern auf die tatsächlichen Vorgänge beziehen muss 45).

Der Uebergang zur leichteren Schuldform der Fahrlässigkeit erscheint zweifellos als mehr oder weniger fliessend.

Im "Mittelfeld" liegen nämlich die sich berührenden Bereiche des sogenannten Eventualvorsatzes 46) und der "bewussten" Fahrlässigkeit, welcher strafrechtliche Begriff sich inhaltlich der "grobe" 47) oder schweren Fahrlässigkeit im

- 42) Ich muss darauf hinweisen, dass gerade auch in diesen Themenkreisen gewisse Schematisierungen nicht zu vermeiden waren
- 43) Oftinger I 142 ("... auf die Herbeiführung des Schadens" gerichteter Wille"); ferner (ähnlich) vTuhr I 427 f; GMK 72. Hauser 610; Deschenaux/Tercier § 7 RZ 20, verweisen ausdrücklich auf StGB 18. Vgl. auch Stark RZ 447 ff; Keller/Landmann T. 55; Keller 76; Komm. Becker N 88 zu OR 41; Komm. Oser/Schönenberger N 56 ff zu OR 41; Casanova 144; usw.
- 44) BGE 91 II 42 f E 7 (Pra 55; 82 f); 39 II 720
- 45) "En droit civil, la faute ne suppose pas que l'auteur ait eu conscience du caractère illicite de son acte (RO 82 II 317)" vgl. auch weitere dortige Zitate (Komm. Oser/Schönenberger N 60 zu OR 41 - anders allerdings N 57 zu OR 41, was bestätigt, dass "der Unterschied nicht allzu gross" ist; Komm. Becker N 91 zu OR 41); a.M. vTuhr/Siegwart (2. A. Zürich 1942) 365, (ebenso heute vTuhr 427 f); vgl. dazu auch unten III 2
- 46) Deschenaux/Tercier § 7 RZ 21; Keller 76; vTuhr I 428
- 47) Keller 85 (ff); Oftinger I 153; Deschenaux/Tercier § 7 RZ 40 (f)

Zivilrecht annähert 48). Auf diese Weise erkennt man, dass sich das Willensmoment des Vorsatzes bis zum Bereich des Eventualvorsatzes stark abschwächt; wo es ganz entfällt, beginnt theoretisch die bewusste Fahrlässigkeit; hier kann nun auch das Wissensmoment in unterschiedlicher Intensität auftreten, was sich wiederum auf den Grad der Fahrlässigkeit auswirkt. Im folgenden ist darzulegen, dass dieses Wissensmoment im wesentlichen aus den Elementen Voraussehbarkeit (Erkennbarkeit) und Vermeidbarkeit besteht.

Insoweit bleibt die grundsätzliche Möglichkeit ohne weiteres bestehen, diese Begriffe als rechtlich neutrale Elemente einer inneren Einstellung des "Täters" zum Sachverhalt zu verstehen, deren Prüfung Beschäftigung mit seinem Intellekt, mit Vorgängen der geistigen Ebene bedeutet 49).

e) Insbessondere zur Struktur des Fahrlässigkeitsbegriffs

aa) Fahrlässigkeit und Widerrechtlichkeit

Art. 41 Abs. 1 OR legt nahe, die Fahrlässigkeit neben dem Vorsatz als "begrifflich gleichwertige" Schuldform, gleichsam als Parallelbegriff zu sehen. Auch von da her ist

48) Vgl. Deschenaux/Tercier § 7 RZ 26; vTuhr I 429. So dürfte der für die Unterscheidung treffende Ausruf (im Churer Dialekt) "Wia hät er nu khönnä!" (für grobe Fahrlässigkeit) vor allem dann am Platz sein, wenn "der Täter die Folge seines Verhaltens" zwar bedacht, aber "darauf nicht Rücksicht genommen hat" (StGB 18 III). Der Ausruf ist (auf Zürcher Deutsch) zit. bei Keller (86); im Fall von leichter Fahrlässigkeit drängt sich demgegenüber der Kommentar "Er hät halt schu sölla..." auf (nach StGB 18: ... Folge ... gar nicht bedacht...)

49) Vgl. BGE 69 IV 79 f: "Das Wissen ist nicht nur dann vorhanden, wenn der Täter sicher ist, dass die objektiven Tatbestandsmerkmale gegeben sind, sondern auch dann, wenn er bloss weiss, dass ihre Verwirklichung ernsthaft möglich ist. Solches Wissen ist nicht notwendigerweise auch mit dem Willen verbunden. Bei der bewussten Fahrlässigkeit kennt der Täter die Möglichkeit, dass der objektive Tatbestand der strafbaren Handlung sich verwirkliche, ebenfalls. Er verhält sich ihr gegenüber jedoch ablehnend,..." usw. Vgl. aber immerhin auch oben Anm. 29

- was beim Fahrlässigkeitsbegriff besonders häufig nicht gesehen oder gar verkannt wird - nochmals zu betonen, dass der Ansatzpunkt zum Verständnis in der Frage nach einer intellektuellen Beziehung des Täters 50) zum Geschehensablauf liegt.

Wir gehen davon aus, dass erst die Verbindung der Fahrlässigkeit mit dem Merkmal der Widerrechtlichkeit den moralisch und rechtlich negativen Einschlag ergibt, der sich in Wendungen wie "rechtliche Tadelnswürdigkeit oder Missbilligung" 51) überträgt. Immerhin charakterisiert sich gerade die Fahrlässigkeit dadurch, dass der Täter den bezüglichen Geschehensablauf so wie er eingetreten ist, eben gerade nicht will. In der Tat ist nach der I. wie II. Frankschen Formel für die Unterscheidung zwischen Eventualvorsatz und bewusster Fahrlässigkeit entscheidend, dass der Täter sich eben anders verhalten hätte, wenn er den Ereignisablauf richtig vorausgesehen hätte 52).

Der "Erfolg" erscheint somit eben nicht von vornherein als widerrechtlich, aber er ist für den Täter zumindest etwas Unwünschtes, dies im Unterschied zum Vorsatz. Das Strafrecht setzt die Akzente offenbar etwas anders; die Legaldefinition von Art. 18 Abs. 3 StGB spricht von "pflichtwidriger Unvorsichtigkeit" 53). SCHWANDER 54) betont für das Strafrecht:

50) Dazu unten cc (...oder einer "Tätergruppe")

51) Oben Anm. 39; dies betrifft ja hauptsächlich den Bereich der Fahrlässigkeit (vgl. allg. d aa, bes. bei Anm. 25, 30, 35)

52) Vgl. dazu Schultz, 3. Aufl. 181; Schwander Vital RZ 198

53) Dass darin keine grundsätzlich andere Betrachtungsweise sondern eben bloss eine Akzentverschiebung liegt, zeigt sich etwa darin, dass als wohl wesentlichstes Element der Begriffsumschreibung die Wendung "nicht bedacht oder darauf nicht Rücksicht genommen" zu sehen ist, welche wiederum auf Vorgänge im Gebiet des Täters verweist. Zur Pflichtwidrigkeit im Haftpflichtrecht vgl. unten dd

54) Oben Anm. 32 (RZ 193)

"Fahrlässigkeit setzt eine rechtswidrige Tat voraus. Ohne Rechtswidrigkeit keine Schuld"; er verweist dabei auf die "objektiven Gesichtspunkte", welche zur Bestimmung der pflichtwidrigen Unvorsichtigkeit massgebend sind. Dies zeigt nur wieder die Verwachsenheit der Begriffe Widerrechtlichkeit und Verschulden, von der man sich im Haftpflichtrecht eben wenigstens zum Zweck von einigermaßen klaren theoretisch-dogmatischen Vorstellungen etwas lösen sollte - und auch kann 55). Die Missbilligung und damit das rechtliche Unwerturteil ergibt sich wie bereits gesagt erst aus Widerrechtlichkeit und Verschulden. Wollte man den zivilrechtlichen Fahrlässigkeitsbegriff analog zur dargelegten strafrechtlichen Betrachtungsweise bilden, so dass er also die Widerrechtlichkeit ebenfalls begriffsnotwendig voraussetzen würde, so hiesse dies, unter "Fahrlässigkeit" eben "Widerrechtlichkeit und Verschulden" zu verstehen, und das erste Merkmal könnte um der Klarheit willen aus dem Gesetzestext weggelassen werden 56).

bb) Voraussehbarkeit und Vermeidbarkeit

Somit ist auf den eingangs dargelegten subjektiven Ansatz zurückzukommen 57). Denn wie der Vorsatz-, wurde auch der Fahrlässigkeitsbegriff ursprünglich aus einem sub-

55) Die damit angesprochene Problematik wurde bereits einmal kurz erwähnt (bei Anm. 30 f) und wird im folgenden Kap. weiter erörtert (1. und 3. Abschn.); vorerst ist festzuhalten, dass unser Schweizerisches Haftpflichtrecht von einer Zweiteilung der beiden Begriffe ausgeht und m.E. auch dabei bleiben wird; es sprechen gute Gründe dafür. In diesem Sinn sind auch die begriffsverwischenden Tendenzen in der neueren deutschen Lehre abzulehnen, vgl. Larenz 26 ff m.w.H., eingehender dazu Kap. 3, 1. Abschn. B II, bes. Anm. 73

56) So die Fassung des französischen Code civil (§ 1382), dazu Kap. 3, 1. Abschn. A I; oben d aa, bei Anm. 28

57) Die Herleitung des Rechtsbegriffs Verschulden aus "Innenweltsvorgängen" (Känzig 30 ff), aus Elementen wie Wissen, Willen, Erkennbarkeit, Vermeidbarkeit (oben d, bes. aa)

jektiven Ansatz heraus entwickelt, auf den er sich nach wie vor auch abstützen lässt 58). Die "Objektivierung", und damit Abstrahierung, welche der Begriff in der Folge erfuhr, stellt eine spätere Entwicklung und vor allem auch eine gewisse Begriffsentfremdung dar, auf welche noch gesondert einzugehen ist 59); denn in ihr liegt eben auch wieder die Gefahr eines nahtlosen und damit nicht mehr erkennbaren Ueberganges zum Begriff der Widerrechtlichkeit 60).

Insofern stellt sich nunmehr die Frage, auf welche Weise denn das im Fahrlässigkeitsbegriff noch mehr oder weniger intensiv auftretende Wissensmoment klarer und besser erfassbar gemacht werden könnte. Es stellt sich mit anderen Worten die Frage nach der Struktur der Fahrlässigkeit. Bei meinen diesbezüglichen Gedanken habe ich mich von einem älteren strafrechtlichen Aufsatz von HANS WALDER 61) leiten lassen.

Wir haben gesehen, dass der Täter den (konkreten) Ereignisablauf nicht will; seine innere Einstellung dazu habe ich deshalb mit dem Wort "unerwünscht" bezeichnet. Damit ist die Möglichkeit angetönt, darauf Einfluss zu nehmen und den Geschehensverlauf in andere, mehr erwünschte Bahnen zu lenken 62). Was setzt dies voraus? Wohl in erster Linie doch haupt-

58) Vgl. dazu auch etwa Homberger, bes. 18 a ff; Yung 124 (ff); Engel N 104 (313 f) m.w.H.; Widmer, Gefahrensatz 306, 322 f; ders. Standortbestimmung 319 ff, 329; ders. Notizen 204 und 208 f; Deschenaux, norme 423 f; Känzig 30 ff und allgemein unten cc

59) Unten cc

60) Kap. 1, B VII (bei Anm. 262 f); vgl. auch Kap. 3, 3. Abschn.

61) Walder, Probleme bei Fahrlässigkeitsdelikten, ZBJV 104 (1968) 161-189, vgl. auch ders., Die Kausalität im Strafrecht, ZStrR 93 (1977) 113-164, bes. 144-150

62) Dabei handelt es sich - wenn man so will - um einen nachträglichen Wunsch, gewissermassen im Sinne des Stossseufzers "...hätte ich doch nur...!"

sächlich die prospektive Erkennbarkeit der wesentlichen Kausalzusammenhänge und damit die ungefähre V o r a u s s e h - b a r k e i t der Schädigung 63); und in zweiter Linie überhaupt die Möglichkeit der Einflussnahme oder Lenkbarkeit des Geschehensablaufes selbst: die V e r m e i d - b a r k e i t. Das Moment der Voraussehbarkeit wird meistens auch in der haftpflichtrechtlichen Literatur erwähnt 64); nach WALDER 65) macht es im wesentlichen 66) die Adäquanz des Kausalzusammenhanges aus, auf welchen Zusammenhang auch LANZ 67) mit Nachdruck hinweist. Die Voraussehbarkeit ist einzuschränken durch das sogenannte "erlaubte Risiko" 68), wonach eine Tätigkeit nach gegenseitiger Abwägung von Nutzen und Gefahren trotz gegebener Voraussehbarkeit von Schädigungen erlaubt sein kann 69).

63) Anders (aber m.E. eben widersprüchlich) die oben in Anm. 32 zit. Autoren; vgl. dazu auch Anm. 33 und unten III 2

64) (Nebst anderen) Oftinger I 77 und II/1 345; Lanz 46 ff, bes. 47 f (vgl. dortige N 134), 67 f und 84 bei N 234; Hauser R. 608 f; Maurer 16 mit weiteren Hinweisen in N 15

65) Walder, Probleme (zit. Anm. 61) 169: "Im übrigen ist leicht zu sehen, dass sich die Erkennbarkeit der Tatbestandserfüllung, soweit sie Voraussehbarkeit des Erfolges ist, mit dem deckt, was adäquate Kausalität genannt wird."

66) Je nach Grad der "Objektivierung", dazu gleich im folgenden (cc); Walder, Kausalität (zit. Anm. 61) 145 f

67) Lanz, bes. 67 f; vgl. dazu Widmer, Notizen 207 (unten) f. Oben B II 2 c, bes. bb

68) Walder, Probleme 173; die dortigen Beispiele sind auf typisch strafrechtliche Problemlagen zugeschnitten; im Zivilrecht ist seine Bedeutung weniger gross. Vielfach greift hier eine Kausalhaftung Platz (Anm. 69)

69) Womit wir wieder beim bayrischen Eisenbahnurteil (Kap. 1, B, Anm. 75 und 225, unten Anm. 115), wären; das sind eben die typischen Fälle von Risikozuständen, an welche sich bei "besonders" bedeutendem Schadenspotential regelmässig Kausalhaftungen knüpfen (unten 3) oder eben entsprechende rechtspolitische Postulate laut werden; vgl. dazu auch die von vCaemmerer, Schriften I 485 erwähnten Beispiele: blosse Herstellung von Beilen, Messern, Waffen, Feuerwerkskör-

Dem Moment der Vermeidbarkeit misst OFTINGER an anderer Stelle 70) für das Verschulden quasi alleinige Bedeutung zu 71). Mir scheint eher, dass es neben der Voraussehbarkeit als zweites Element des Fahrlässigkeitsbegriffs zu sehen sei. Denn ohne Voraussehbarkeit kann es Vermeidbarkeit nicht geben - es sei denn, eine rechtlich wohl kaum relevanten zufällige Vermeidbarkeit. Ebenso wenig haftpflichtrechtlichen Sinn ergibt Voraussehbarkeit ohne Vermeidbarkeit, wenn man an - in vielen Fällen voraussehbare - Naturereignisse, vor allem Katastrophen denkt; würde auf das Erfordernis der Vermeidbarkeit 72) verzichtet, so könnte eine Haftbarkeit nur noch unter Hinweis auf das Fehlen einer Garantenstellung 73) (begründbar) abgewendet werden, was wohl kaum immer überzeugen wird.

Die Vermeidbarkeit läuft begrifflich darauf hinaus, das wirksame 74) Massnahmen zur (begrenzten) Lenkung eines Er-

pern, Giftstoffen, ... wodurch unbestreitbar erkennbare Risiken unvermeidlicher Beeinträchtigung von Rechtsgütern geschaffen werden (vgl. ferner Kap. 1, B II 4, bes. Anm. 72a, Zit. Stark)

70) ... als in Anm. 64 zitiert

71) Oftinger, Receuil 110: "Verschulden umfasst insbesondere den Vorwurf der Vermeidbarkeit des Schadens." Vgl. Widmer, Gefahrensatz 322 (unten) f. Sinngemäss ebenso Stark, Probleme 166 f; eindeutig für Voraussehbarkeit und Vermeidbarkeit Dubs 36

72) ... des Schadens, nicht etwa des Ereignisses an sich!

73) Schutzverpflichtung oder Pflicht zur Einflussnahme auf den Kausalablauf - die ja im Fall von unabwendbaren Ereignisfolgen ebenfalls wenig Sinn hat. Uebrigens: das Problem der Garantenstellung siedelt sich im Grenzbereich zwischen Widerrechtlichkeit und Verschulden an, der bei Unterlassungen noch schwerer zu bestimmen ist als sonst; vgl. dazu auch die in der Sache treffenden Ausführungen von Desax (S. 25): betreffen sie Widerrechtlichkeit oder Verschulden? - erscheinen die späteren Präzisierungen (vgl. S. 29 f) unter diesen Gesichtspunkten nicht als widersprüchlich oder zumindest unklar? (vgl. dazu auch Kap. 3, 1. Abschn. A II 2 b)

74) Frage der "Relevanz" (Walder, Probleme - zit. Anm. 61-

ereignisablaufs zur Verfügung stehen müssen. Auch dieses Erfordernis ist durch eine von der Vernunft gebotene Einschränkung zu begrenzen: die Zumutbarkeit solcher Vorkehren; lässt sich ein Ereignis nur durch rechtlich nicht zumutbare Vorkehrungen abwenden, so hat es als unvermeidbar zu gelten.

cc) Beurteilungsstandpunkt (Das Problem der Objektivierung)

Es heisst, im Haftpflichtrecht gelte - im Unterschied zum Strafrecht 75) - ein "objektivierter" Fahrlässigkeitsbegriff 76). Diese Objektivierung kann unter Berücksichtigung der bisher vertretenen Konzeption nichts anderes bedeuten, als dass die Merkmale der Vorausssehbarkeit, Vermeidbarkeit und Zumutbarkeit nicht von der individuell beschränkten Warte des Täters aus beurteilt werden 77). Eine solche Be-

174 ff): Hätte diese oder jene Massnahme (ex post betrachtet!) auch konkret, effektiv etwas genützt? andernfalls wäre Vermeidbarkeit zu verneinen!

- 75) In der angeführten Arbeit von Walder (Anm. 61) kommt dies etwa dadurch zum Ausdruck, dass er einer "objektivierten" Prüfung von Erkennbarkeit und Vermeidbarkeit als "Tatbestandsmässigkeit" eine subjektiv-individuelle als "Schuld" (ergänzend) gegenüberstellt (vgl. S. 167 f, 168 ff und 183 ff); diese zweite (ergänzende) Prüfung müsste demnach beim zivilrechtlichen Fahrlässigkeitsbegriff wegfallen (?)
- 76) Oftinger I 143 (N 21!) ff; Keller 77; Deschenaux/Tercier § 71 RZ 27 ff (m.w.H.); Stark RZ 476 ff und ders., Grundeigentümerhaftung 167 N 110; Keller/Landmann T. 57 a; vTuhr I 429 f; GMK 174 f (nicht der Verschuldensbegriff an sich, sondern nur der Fahrlässigkeitsbegriff ist objektiviert!); Komm. Becker N 93 ff; Widmer, Gefahrensatz 306, 320; ders. Standortbestimmung 295 ff; ders. Notizen 200, 204, 209; Lanz (eingehend) 84 ff (vgl. auch 65 ff); Casanova 144; Maurer 52; Hauser R. 604 f. Damit geht eine Typisierung (Abstrahierung, Stilisierung, unten Anm. 104) und vor allem auch Regelbildung einher (unten dd)
- 77) Daraus ergibt sich namentlich der bereits verschiedentlich erwähnte enge Zusammenhang mit der (bundesgerichtlichen) Adäquanztheorie, oben B II 2 c bb, dd (wenn nicht sogar Deckungsgleichheit). Vgl. auch (oben) Anm. 65-67 sowie Maurer 16 und 51 ff m.w.H., vgl. bes. dor-

trachtungsweise läuft gleichzeitig auf eine gewisse Abstrahierung hinaus, indem Umstände und Bedingungen, unter denen der Schaden entstanden ist, bei der Beurteilung dieser Merkmale von einem - mehr oder weniger - überhöhten Standpunkt aus, verallgemeinert ("generalisiert") und selektioniert (das "Wesentliche") berücksichtigt werden. Wie weit soll diese Objektivierung gehen?

Als erstes ist einmal festzuhalten, dass schon die Fairness gegenüber dem Täter gebietet, die fraglichen Bedingungen und Umstände ex ante, also zeitlich gesehen von seinem Standpunkt aus zu betrachten, oder sich zumindest um eine solche Betrachtungsweise zu bemühen; alles andere erscheint als unnötiger und unverständlicher Widersinn 78). Es würde ja wohl auch kaum von jemandem begriffen, wenn im nachhinein, aus einer bestimmten Unfallsituation heraus, eine neue Polizeivorschrift 79) geschaffen und deren Verletzung auch bereits einem Unfallbeteiligten zum Vorwurf gemacht würde. Das Gegen-

tige N 12: R. Gmür "geht sogar soweit, dass er die Adäquanz in der Verschuldenshaftung als verobjektivierten Fahrlässigkeitsbegriff bezeichnet."

- 78) Dies bedeutet, dass erst nachträglich bekanntwerdende Schadensbedingungen und -umstände nicht in die Beurteilung von Voraussehbarkeit und Vermeidbarkeit einzubeziehen sind: hinterher ist man immer klüger! Eine "Voraussehbarkeit ex post" ("objektive nachträgliche Prognose") bezeichnet auch Lanz (61) als Widerspruch in sich ("absurd", "den elementarsten Grundsätzen der Logik widersprechend"); zustimmend auch Widmer, Notizen 207; vgl. Perrig, Kausalität 294; Deschenaux, norme 423; Giovannoni, causalité 261. Anders, jedoch schon systematisch verschieden aufgebaut Oftinger I 76 f (vgl. das. 77 bei N 19 die Unterscheidung zwischen Verschulden, Voraussehbarkeit und Adäquanz) und mit ihm die wohl immer noch herrschende Lehre und Rechtsprechung zit. das. N 18. Eine Ausnahme bildet die Prüfung der "Relevanz" (oben Anm. 74): sie erfolgt zugunsten des Täters ex post
- 79) Vgl. dazu sogleich dd: "Polizeivorschriften, Sorgfaltsregeln, Vorsichtspflichten, Verkehrspflichten"

teil ist regelmässig der Fall: als nachträgliche, aus einem Unfall und dessen Umständen gezogene (bzw. zu ziehende) Lehren werden jeweils neue Regeln geschaffen, die erst im Hinblick auf eine nächste, gleichartige Gefahrensituation ihre Bedeutung erlangen und dannzumal zu beachten sind 80).

Daraus folgt jedoch keineswegs, dass nur gerade das zu berücksichtigen ist, was der Täter selbst auch tatsächlich erkennen konnte und als vermeidbar ansah; denn es liegt auf der Hand, dass eben gerade dies nicht genügte, sonst wäre der Schaden nicht eingetreten, oder es läge Vorsatz vor. Also muss diesbezüglich ein strengerer Haftungsmassstab gelten, was eben eine gewisse Generalisierung der Bedingungen erfordert. Auch das Strafrecht kann nicht auf eine "rein" subjektive Betrachtungsweise, allein auf die konkrete Sicht des individuellen Täters abstellen, denn auch der strafrechtliche Rechtsgüterschutz kann nur wirksam funktionieren, wenn er gewisse minimale Standards verlangt 81). Da der Täter den Sachverhalt nicht gewollt hat, muss ja irgendwo in seinem intellektuellen Bewusstsein ein Fehlvorgang passiert sein, welcher auch strafrechtlich nicht immer entschuldigt werden kann, so dass selbst da eine gewisse Objektivierung Platz greifen muss 82). Richtig scheint mir dagegen, dass der Mass-

80) Aus der Geschichte des Unterganges des Luxusdampfers TITANIC ist mir bekannt, dass im nachhinein eine ganze Fülle von einschlägigen Sorgfaltsregeln und Sicherheitsvorschriften neu geschaffen und in Kraft gesetzt wurden, und zwar als Folge der (bezeichnenderweise) im wesentlichen erfolglos verlaufenen Haftpflichtprozesse

81) Vgl. etwa das bei Stark (RZ 478) zit. Beispiel: auch strafrechtlich wird unter Umständen eine Berufung auf "starken seelischen Druck", Uebermüdung oder Verliebt-heit wenig oder keinen Erfolg haben; allerdings aber zweifellos eher als im Zivilrecht; vgl. auch dazu hienach dd

82) Die Frage lautet also nicht: "was hat er vorausgesehen/ als vermeidbar erkannt?", sondern: "was hätte er (als bonus pater familias, um es in einer Kurzformel zu sagen, vgl. oben B, Anm. 198, unten Anm. 93) voraussehen/ als vermeidbar erkennen können?"

stab und damit die Haftung im Zivilrecht strenger sein kann und darf.

Bei der Generalisierung der Bedingungen 83) und Umstände geht es um Fragen wie 84):

- wieweit die individuelle Erkenntnisfähigkeit des Täters zu berücksichtigen sei, Schulbildung, Intelligenz, allfälliges Spezialwissen; festzuhalten ist dazu, dass jedenfalls die Berufung auf die eigene, aussergewöhnliche Beschränktheit kaum je Erfolg haben dürfte, ausser es fehle geradezu die Urteilsfähigkeit...
- die Grösse der Gefahr, welche erfahrungsgemäss als allgemeine Begleiterscheinung dieser oder jener Tätigkeit auftritt und dementsprechend mehr oder weniger umfangreiche Sicherheitsvorkehren verlangt
- die Schadensanfälligkeit des Opfers 85), welche ebenfalls nach allgemeiner Lebenserfahrung 86), allenfalls auch aufgrund besonderer Indizien im konkreten Fall zu beurteilen ist

83) Vgl. oben B II 2 c, bes. aa. Lanz 56 ff; Gmür R. 73 f

84) Zu den hier zur Illustration und Verdeutlichung lediglich kurz angedeuteten Punkten gibt es natürlich eine umfangreiche Judikatur. Da mein eigentliches Thema davon jedoch nur am Rande berührt ist, verzichte ich hier auf Details; wer danach und nach dazugehörigen Belegen sucht, sei auf die kompetente Darstellung Oftingers (I) verwiesen, wobei er sowohl unter dem Titel "Adäquanz" (S. 78-80) wie "Fahrlässigkeit" (S. 146-152) fündig werden wird. Vgl. auch Giovannoni, causalité 260 ff und Perrig, Kausalität, bes. 294; Keller/Landmann T. 57a f

85) Vgl. das Bsp. des herzkranken Passanten, der durch ein überraschend von hinten kommendes (Auto-) Hupsignal zu Tode erschreckt wurde, bei Giovannoni, causalité 258; weitere Beispiele bei Merz, SPR 215 (Mitte)

86) Man kann im Zusammenhang mit diesem begrenzten Aspekt durchaus auch wieder auf die herkömmliche Adäquanzformel zurückgreifen (jedoch nicht als generell-abstrakt gültige, wissenschaftliche Rechtserkenntnisquelle, vgl. unten bei Anm. 89 f

- der "Konkretheitsgrad" des Erfolges als Objekt der Vor-
aussehbarkeit 87)
- die Beurteilung ex ante von erschwerenden konkreten Um-
ständen, wie besondere äussere Einflüsse, aber nach mei-
nem Dafürhalten eben durchaus auch gut begründet gel-
tend gemachte besondere Seelenzustände...
- und so weiter!

Wie streng 88) diese Gesichtspunkte beurteilt werden müssen, ist eine Frage, für welche nach meinen Erkenntnissen bis heute keine allgemeingültigen Regeln gefunden wurden 89). Der Richter soll praktische Vernunft im Einzelfall walten lassen: es gilt "richterliches Ermessen" (Art. 4 ZGB); auch der Begriff "Billigkeit" ist in diesem Zusammenhang zu er-
wähnen 90). Für kaum erfüllbar würde ich die Forderung hal-
ten, der Massstab 91) müsse in jedem Fall derselbe sein; so wird der - bereits zitierte 92) - bonus pater familias zwar mit-
unter ein brauchbarer Anhaltspunkt sein, besonders wenn man diesen Begriff so flexibel auffasst, wie dies C.CH.R. BURCK-
HARDT tut 93), aber er ist eben auch - gerade dadurch - kei-

- 87) Beispiel bei Lanz 58 f; Lauri 21 ("Spitzhackenfall");
oben B, Anm. 192
- 88) dh. wie sehr abstrahierend/generalisierend zu betrachten
ist
- 89) GMK 62, 161, 1975. Vgl. Kap. 1, A, Anm. 102 und oben B
II 2 c bb sowie oben nach Anm. 80
- 90) Oben B II 2 c bb, bei Anm. 209; Oftinger I 76; allgemein
dazu Bürgi 33 ff, 120 f. Das ist eben der Entscheid über
die "Angemessenheit" (Adäquanz) einer Haftung, den letzt-
lich niemand wird dem Richter abnehmen können, darüber
muss man sich einfach klar sein; vgl. ferner auch Kap.
1, B, Anm. 195 sowie die in Anm. 207 (oben B) zit. Kon-
troverse Lanz/GMK/Widmer
- 91) Also gewissermassen der "Objektivierungsgrad" und damit
eben die Strenge der Haftung
- 92) Oben B, Anm. 198 und Anm. 82 hievor
- 93) C.Ch.r. Burckhardt (ZSR) 520 f; ebenso Oftinger I 144
(N 26!)

ne feste Grösse, welche sich wie eine Schablone heranziehen und anwenden lässt. Gerade in unserer durchtechnisierten Computerwelt wird man an gewisse Verantwortliche über dieses Durchschnittsmass hinausgehende Anforderungen stellen müssen 94). Diese dürfen aber auch nicht überspannt werden, sondern es ist durch sorgfältiges Abwägen verschiedener Faktoren ein "adäquates" Mittelmass zu erspüren 95). "Man wird (...) nicht darum herumkommen, für bestimmte Alters-, Bildungs-, Berufs-, Betätigungsgruppen usw. verschiedene Massstäbe anzulegen", (...) und "unter Umständen das Sonderwissen des Täters miteinbeziehen müssen, etwa seine Ortskenntnis" 96).

Zusammenfassend bin ich der Ansicht, dass dem Gesetzgeber in diesem Bereich keine andere Wahl geblieben ist, als den endgültigen Entscheid an den Richter zu delegieren, dass diese Konsequenz im schweizerischen Recht auch überzeugend gezogen wurde und respektiert werden muss. Sie findet konkreten Ausdruck in Form des erwähnten weiten richterlichen Ermessensspielraumes. Art. 43 OR erscheint in diesem Zusammenhang als

- 94) In diesem Zusammenhang plädiert Pierre Widmer (vgl. bes. Standortbestimmung 294 ff und 312 ff) engagiert für die Einführung einer generellen Kausalhaftung (in Form einer Generalklausel) auf der Grundlage des Haftungstatbestandes "qualifizierte Schädigungspotentiale". Mit Stark hege ich gewisse Vorbehalte dagegen, vgl. unten 3, Anm. 135
- 95) Denn hier beginnt unausweichlich die Domäne des richterlichen Rechtsgefühls, oben Anm. 89 und bes. Anm. 90
- 96) Walder, Probleme (zit. Anm. 61) 169 f (f), wo er zudem Beispiele aus der Rechtsprechung anführt, die durchaus auch für das hier Gesagte Illustrationswert haben. Derweise wird man etwa sagen: "Ein allgemeinpraktizierender Arzt hätte darauf kommen müssen, dass ..."; "Wer vor einer unübersichtlichen Strassenbiegung überholen will, hat in Rechnung zu stellen, dass ..." (BGE 85 IV 37); Von einem erfahrenen Bergführer dürfte erwartet werden, dass ..."; "Auch ein junger Rechtspraktikant müsste sich als lizenzierter Jurist darüber im klaren sein, dass .." usw.

haftpflichtrechtliches Pendant zu den in Art. 1 (sowie 2 und 4) ZGB ausgesprochenen Grundsätzen als Ausdruck gesetzgeberischen Vertrauens in das richterliche Verantwortungsbewusstsein und gleichzeitig als Absage an einen positivistischen Lückenlosigkeitsanspruch 97).

dd) Polizeivorschriften, Sorgfaltsregeln, Vorsichtspflichten, Verkehrspflichten

Deren gibt es eine Fülle und sozusagen täglich kommen neue hinzu 98). Soweit es sich um geschriebene Regeln handelt, sind sie gleichsam der kodifizierte Ausdruck von Voraussehbarkeit und/oder Vermeidbarkeit; als Verbote formuliert indizieren sie eher Voraussehbarkeit 99), während Gebote eher den Bereich der Vermeidbarkeit beschlagen, wobei diese Trennung nicht als strikt verstanden werden muss. Die Vermeidung von Schädigungen ist ja generelles Ziel aller dieser Vorschriften. Aus allem folgt jedenfalls, dass ihre Verletzung - vorsätzlich oder fahrlässig 100) - als Verschulden in Betracht fällt 101), nämlich hinsichtlich des Haftpflichttatbestandes in aller Regel als Fahrlässigkeit.

Als illustrativ und treffend erachte ich in diesem Zusammen-

97) Vgl. zu alldem die allgemeinen Bemerkungen in Kap. 1, A I 1 und 3 a sowie Kap. 3, 3. Abschn. A II 2 b

98) Der Sammelbegriff könnte "Unfallverhütungsregeln" heissen (aller möglichen Bereiche, zB. Strassenverkehr, Feuerpolizei, Sanitätspolizei, alle möglichen betriebssicherheitspolizeilichen Bereiche usw.); es braucht sich nicht um geschriebene Regeln zu handeln, aber die geschriebenen gibt es eben in zunehmender Anzahl. Vgl. dazu auch Känzig 121 ff; Merz 315 f; Oftinger I 129 und 149 f (Widerrechtlichkeit oder Verschulden?); usw.

99) Hauser R. 608 f

100) Vgl. unten Anm. 105 ("Rechtsfahrlässigkeit")

101) Und eben nicht als Widerrechtlichkeit! (vgl. dazu Kap. 3, 3. Abschn. B/C). Sie weisen keinen Schädigungstatbestand auf (Känzig 121 ff, vgl. oben B I 5 a, Anm. 87). Unrich-

hang einige Aeusserungen WALDERS 102), die deshalb hier unverändert anzuführen sind:

"Es gibt gesetzliche Sorgfaltsregeln: die Verkehrsregeln des Strassenverkehrsgesetzes, Unfallverhütungsvorschriften aus anderen Lebensbereichen, insbesondere hinsichtlich gefährlicher Betriebe usw. Häufiger sind Regeln, die nicht durch die Rechtsordnung festgelegt sind: private Dienstanweisungen, leges artis, "gesunde Gewohnheiten", Bedingungen in Versicherungsverträgen, Sportregeln usw. Dabei spielen auch Entschiede von Gerichten, die sorgfältiges Verhalten in bestimmten typischen Situationen in einer über den konkreten Fall hinausgehenden Weise statuiert haben 103), eine wichtige Rolle. Aber, die Bejahung einer objektiven Sorgfaltsverletzung - auch bezüglich der Vermeidbarkeit der Tatbestandserfüllung wird man von einem "Gruppenmassstab" auszugehen haben - setzt nicht einen bereits anerkannten Bestand solcher Regeln voraus, schon gar nicht gesetzlicher Regeln. Alle schon bestehenden Regeln indizieren nur, wenn sie übertreten werden, eine Verletzung der Sorgfaltspflicht. Es ist indessen in jedem Fall auf Grund des objektiv Vorausehbbaren und Vermeidbaren (und der weiteren, noch zu nennenden Merkmale) besonders festzulegen, welches die erforderliche Sorgfalt ist oder gewesen wäre. Wenn ein Passant einem dahereffahrenden Automobilisten überraschend in die Fahrbahn tritt und dieser eine Kollision nur noch durch ein Ueberfahren der Sicherheitslinie verhüten kann, dann darf er, ja muss er das Verbot des Ueberfahrens der Sicherheitslinie verletzen."

Insofern ist Verschulden also - in zweiter Linie! - dennoch Pflichtwidrigkeit.

tig m.E. daher die Bemerkungen Steyerts in SJZ 77 (1981) 110; vgl. dazu SJZ 76 (1980) 383 f und SJZ 77 (1981) 333 f. Merz 315 f m.w.H.

102) Walder, Probleme (zit. Anm. 61) 171 f

103) Walder zitiert als Beispiele diverse Strafurteile, wie BGE 83 IV 9 (15/18); 73 IV 980 (1984); 76 IV 76 (78/81); 83 IV 137 (141/142). 79 IV 65; 81 IV 249; 91 IV 125, usw., die wohl ihrerseits nicht unbesehen im Haftpflichtrecht verwendbar sind!

Natürlich ist zuzugeben, dass diese Betrachtungsweise auf den Fahrlässigkeitsbegriff letztlich wieder eine objektivierende Wirkung hat 104) 105). Es ist jedoch zu beachten, dass eine solche Sorgfaltspflichtverletzung nicht als einzig möglichen Schluss die Annahme von Fahrlässigkeit zulässt, Verschulden also zwingend bedingen würde. Und zudem ist Voraussehbarkeit bzw. Vermeidbarkeit nur für den Personenkreis indiziert, für welchen die verletzte Regel auch Gültigkeit hat; dieser Kreis wird in aller Regel eben gerade der oben erwähnten potentiellen "Tätergruppe" 106) entsprechen: wiederum ist mit Fingerspitzengefühl ein vernünftiges Mittelmaß zwischen "Subjektiv" und "Objektiv" zu ertasten.

f) Mehr psychologischer denn normativer Schuldbegriff als Fazit

Alles in allem scheint mir der richtige Ansatzpunkt zur Annäherung an einen vernünftigen, angemessenen und praktischen Verschuldensbegriff dessen sicherlich ursprüngliches Verständnis als "Innenweltsvorgang", als innere Beziehung des Handlungssubjekts zum Eingriff (Sachverhalt) zu sein. Das daraus gewonnene begriffliche Ergebnis lässt sich m.E. durchaus mit den im täglichen Rechtsleben herrschenden An-

104) Oder diejenige einer unter Umständen zu weit gehende Typisierung, vgl. dazu Larenz 261 ff; insbesondere hat die Kodifizierung von Sorgfaltsregeln diese Wirkung, indem die Gefahr besteht, dass dann jeder objektive Verstoß schematisch als Fahrlässigkeit bezüglich der Haftpflichtfrage eingestuft wird; dies gilt es m.E. zu vermeiden suchen (unten Anm. 109)

105) Vgl. als sehr illustratives Beispiel dazu auch die Urteilsanmerkung von J. Rehberg zu BGE 109 IV 102 ff (in Zeitschr. recht 2, 1984, 56 ff, bes. 63), wo er die Bedeutung vorsätzlicher und fahrlässiger Verstöße gegen (Fussball-) Spielregeln in bezug auf daraus entstehende Fahrlässigkeitsdelikte (insbesondere StGB 125) untersucht. Ähnliche Ueberlegungen löst das Problem des Unrechtsbewusstseins aus (unten III 2)

106) Oben (bei) Anm. 96

schauungen vereinbaren.

Subjektiver oder objektiver Ansatz ist denn auch ein wesentliches Unterscheidungskriterium zwischen Widerrechtlichkeit und Verschulden 107), wodurch gewisse Grenzfälle zu einem mehr graduellen Problem werden 108). Immerhin lässt der hier gezeigte Weg eine flexible und wo nötig auch subjektivistische Wertung des Verschuldens zu 109).

3. Besonders gefährvolle Zustände (qualifizierte Schädigungspotentiale)

Man muss deutlich sehen, dass es hier nicht mehr um Verhaltens-, sondern um Zustandshaftung geht 110). Den Zustand, welcher Anknüpfungstatbestand einer Kausalhaftung 111) bildet, haben wir "qualifiziertes Schädigungspotential" genannt 112): das ist hier der eigentliche Haftungstatbestand 113).

107) Kap. 3, 3. Abschn. A III

108) Vgl. oben e dd (bei Anm. 102 f); unten II 3 a.E. Ferner Kap. 1, B VII, bei Anm. 263 f; Känzig 35 f und 123 f; Homberger 18 a ff, bes. 22 a; so auch zwischen Widerrechtlichkeit und (herkömmlicher) Adäquanz, Horn 122 ff; Engel N 104, bes. 313 f

109) Yung 124; Homberger 18 a f; Widmer, Notizen 209 (oben)

110) Dies übersieht etwa Homberger (S. 30a); vgl. dazu Kap. 1, B II 3 c bb, Anm. 53. Eine strikte Abgrenzung dürfte jedoch kaum möglich sein, weil der Uebergang (über die verschieden ausgeprägten "milden" Kausalhaftungen) als fliessend erscheint (Kap. 1, B II 3 c bb; d; 4, bei Anm. 73 sowie unten Anm. 119)

111) Die Ausführungen zum Kausalhaftungsrecht sind im 1. Kap. wegen des dort gewählten haftpflichtrechtlichen Blickwinkels als privatrechtlicher Vermögensschutz und der dementsprechenden Systematik etwas "zersplittert" ausgefallen; für diesen Abschnitt als Grundlage wichtig sind die Bemerkungen unter B II, bes. 3 b und c, 4; III 4 sowie V 5 und VI 2

112) Oder auch "besonderer Risikozustand"; vgl. Kap. 1, B V 5

113) Oder "Haftungsgrund"; er bestimmt gleichzeitig auch die - ebenfalls im 1. Kap. erwähnte - "besondere subjektive Beziehung des Haftpflichtigen zum Anknüpfungstatbestand" (Kap. 1, B VI 2, Anm. 249 m.w.H.)

Ich bin mir dabei durchaus bewusst, dass diese Aussagen vorläufig kaum mehr denn als vage These anzusehen sein kann; sie erscheint bei meinen hauptsächlich auf die Verschuldenshaftung ausgerichteten Betrachtungen gleichsam als eine Art Nebenprodukt. Dementsprechend bedürfte diese Gedankenrichtung weiterer und vertiefter Abklärungen. Um nicht jeden Rahmen zu sprengen, muss ich es hier bei wenigen Hinweisen bewenden lassen. Ich gestehe jedoch offen, dass ich meine Hypothese für geeignet halte, hier als Glied in die Kette eingesetzt zu werden. Man mag es drehen und wenden wie man will, aber der Betrieb eines Motorfahrzeuges führt in absolut voraussehbarer Weise 114) zu Schädigungen, die durch Verzicht auf einen solchen Betrieb vermieden werden könnten. Es scheint mir daher richtig, wenn die bayrischen Richter mit ihrem berühmten Urteil 115) in der Schaffung bzw. Erhaltung eines derartigen Zustandes ein Verschulden 116) erblickten. Inzwischen betrachtet man indessen die hier zutage tretende Schädigungstendenz allgemein als "Erlaubtes Risiko" 117) - dahingestellt bleiben muss in diesem Zusammenhang die Frage, ob dieses Konzept in unserem haftpflichtrechtlichen System auch wirklich mit der hiezu erforderlichen Konsequenz und der geziemenden Strenge durchgeführt wurde, so dass es

114) "Statistisch erfassbar" (Kap. 1, B V 5, bei Anm. 225)

115) Zit. Kap. 1, B II 4, Anm. 75; vgl. B V 5 Anm. 225; oben Anm. 69

116) Genauer gesagt handelt es sich ja um ein sog. Uebernahmeverschulden (was man nicht gefahrlos ausführen kann, soll man lassen), vgl. dazu Oftinger I 147 f; Stark RZ 492; ders., Probleme, 108 f: "Wenn eine Tätigkeit geeignet ist, auch bei der grössten Sorgfalt und wenn alle praktisch möglichen Schutzmassnahmen ergriffen wurden, zu Schädigungen Dritter zu führen, ist sie zu unterlassen, und es stellt daher schon ihre Ausübung ein Verschulden dar.,"; Kap. 1, B, bei Anm. 72a

117) Oben I 2 e bb (Anm. 68 f)

dementsprechend überzeugt 118).

Auf diese Weise vollzieht sich der allmähliche gedanklich-konzeptionelle Uebergang von Verschuldens- über gewöhnliche Kausal- bis zu reinen Gefährdungs- bzw. von Verhaltens- zu Zustandshaftungen 119). Auch in dieser Beziehung kommt den sogenannten gewöhnlichen Kausalhaftungen in OR und ZGB eine Art Zwitterstellung zu, deren Einreihung als Risikohaftung gewissen Bedenken ruft 120); nichts desto weniger enthalten auch sie - in vermindertem Mass - das Element des qualifiziert-erlaubten Risikos, darüber hinaus aber eben auch gewisse Verschuldenskomponenten 121).

Anstatt nach einem adäquaten Kausalzusammenhang wird man - präziser - nach einer Beziehung zum subjektiven Haftungstatbestand fahnden; wie bei der Verschuldenshaftung leitet sich der Anküpfungspunkt in der Kausalkette aus dem - ursprünglich rechtspolitischen - Haftungsgrund ab 122). Auch hier wird man ja vor dem konkreten Vorgang einer Vermögensschädi-

118) Oftinger I 12 bezeichnet das Motorfahrzeug angesichts seiner erschütternden Unfallbilanz als "grösste technische" (und rechtliche...?) "Fehlleistung"; vgl. ders., Schädigungspotential 198 ff: schon vor dem Waldsterben wog der sozial-gesamtwirtschaftlich geschätzte Schaden den Nutzen des Automobils als technische Einrichtung auf; hier müsste die Steuerungsfunktion des Haftpflichtrechts (Kap. 1, B II 5, bei Anm. 89 m.w.H.) besser ins Spiel gebracht oder auf das Individualfahrzeug, mit seinen Begleiterscheinungen die schadensträchtigste "Errungenschaft" der globalen Friedensindustrie, überhaupt verzichtet werden

119) Fliessend! (Oben Anm. 110 m.w.H.)

120) Unten Anm. 130

121) Kap. 1, B II 4, (bei) Anm. 73 und 75 (Zit. Giger); Widmer, Standortbestimmung 307

122) Vgl. Stark, Grundeigentümerhaftung 168 f ("Die Besonderheit besteht darin, dass ein Glied der Kausalkette... im Zustand eines Werkes besteht."); Lanz 202 ff

123) Wiederum "Schaden" und "Kausalität" (Eingriff)

gung mit ihren natürlichen Ursachen 123) stehen und zu prüfen haben, ob "U n r e c h t" 124) eine Abwälzung des Schadens rechtfertigt. Das subjektive Element des Kausalhaftungstatbestandes 125) - und damit Haftbarkeit für widerrechtliche Beeinträchtigungen - ist gegeben, wenn

- a) ein gesetzlich umschriebener, eben qualifizierter, Risikozustand als natürliche Ursache erscheint und
- b) die Schädigung als dessen Folge in ihrer konkreten Gestalt nach den herkömmlichen Regeln der Gesetzesauslegung unter den Haftungstatbestand subsumiert werden kann 126);

das bedeutet nichts anderes, als dass die Schädigung auch hier als "angemessene" 127) Folge des Haftungstatbestandes erscheinen muss. Man könnte auch fragen: erscheint der Schaden als subsumierbare Auswirkung des spezifisch normierten Haftungstatbestandes, welche dem Sinn des Gesetzes entspricht, vom Gesetzgeber womöglich so bedacht wurde und einem Gesetzes-

- 124) i.c. "Vorteilsausgleich", vgl. Kap. 1, B V, bes. 5. Wie das "Unwerturteil" besteht es aus einem objektiven (Widerrechtlichkeit) und einem subjektiven Element ("subjektive Beziehung")
- 125) Vgl. vorangehende Anm. 124; Kap. 1, B VI 2
- 126) Als Beispiel erwähne ich hier nur BGE 107 II 269 ff, wo derartige Ueberlegungen auf typische Art und Weise angestellt wurden - allerdings unter problematischer und mit der hier vertretenen Auffassung nicht vereinbarer Abgrenzung zwischen Tat- und Rechtsfragen, vgl. dazu auch (allerdings skeptisch) Stoll 187 (ff)
- 127) Um nicht wieder die eben irreführende Bezeichnung "Adäquanz" verwenden zu müssen; denn es geht hier a) um eine rein subjektbezogene (eben subjektive) Zurechnung (um die Anknüpfung als Teil davon) und b) nicht um die Anwendung einer Kausallehre, sondern von Auslegungsregeln, also um das Problem: Haftung nach Massgabe des Haftungstatbestandes (oder -grundes); vgl. Kap. 1, B II 4 a.E. So wäre unter dem Gesichtspunkt der Risikobereichs-abgrenzung (Kap. 1, V 3 a) etwa bei der Motorfahrzeug-

adressaten heute verständlich ist 128). Diese Betrachtungsweise wird vielleicht klarer, wenn ich einigen solcher Haftungstatbestände in diesem Sinn eine mögliche Formulierung 129) gebe; daraus erhellt auch ohne weiteres, worin das jeweilige Schädigungspotential konkret besteht:

- Art. 333 ZGB Kindliche Sorglosigkeit
(mangels genügender elterlicher Aufsicht)
130)
- Art. 55 OR Einsatz von ungenügend instruiertem (überwachtem, ausgewähltem) Hilfspersonal
- Art. 56 OR Tierhaltung ohne genügende Sorgfalt in der Beaufsichtigung
- Art. 58 OR Mangelhafte und schlecht unterhaltene Werke...
- Art. 679/
684 ZGB Das Ortsübliche und Zumutbare übersteigende Einwirkungen auf nachbarliches Grundeigentum 131)

Kausalhaftung zu erwägen, dass die Teilnahme am Verkehr ein erhebliches und je nach Umständen frei gewähltes Eigenrisiko bedeutet; ein Geschädigter braucht deshalb gar nicht immer so gestellt zu werden, wie er ohne Unfall stünde (vgl. vCaemmerer, Schriften I 398; Kap. 3, 3. Abschn. A II 2 a, b, e bb). Zu alldem auch Mädrich 110 ff

- 128) Wenn Stoll die Tauglichkeit dieses Merkmals anzweifelt, weil ein Ausgleiten auf der Treppe eines Eisenbahnwagens nicht als Verwirklichung eines für den Eisenbahnbetrieb typischen Risikos qualifiziert werden könne (Stoll 188), so fragt es sich doch ernstlich, ob eine so weite Ausdehnung dieser Haftung überhaupt erwünscht und mit dem gesetzlichen Tatbestand noch vereinbar ist! (vgl. dazu vCaemmerer, Schriften I 469 bei N 64)
- 129) Wobei bereits Gesetzesauslegung erforderlich ist, welche in diesem Zusammenhang bloss summarisch ausfallen kann und deren Ergebnis bei vertiefter Behandlung vielleicht anders ausfallen würde. Vgl. Lanz 185; Deschenaux, norme 420
- 130) Vgl. dazu aber immerhin Keller 108; Widmer, Standortbestimmung 314 f; Perrig, Kausalität 297 (unten) f; Meister-Oswald, bes. 12 f

Die eigentlichen Gefährdungshaftungen sprechen in dieser Beziehung ja für sich, weist doch schon ihre Gattungsbezeichnung auf diesen Umstand hin:

- Der Betrieb von Motorfahrzeugen, Eisenbahnen, elektrischen Anlagen, Atomkraftwerken ... usw. erzeugt unbestrittenermassen (hoch-)qualifizierte Schädigungspotentiale (Risikozustände) 132)
- Nach Meinung des Gesetzgebers ist dies auch der Fall durch die blosse Ausübung des Jagdsports; dabei ist die subjektive Beziehung offenbar allerdings zu einem Rudiment verkommen ...; schliesslich ist auch noch die blosse Handhabung von Sprengstoffen als Haftungstatbestand zu erwähnen 133).

Nicht oder nur schwer einzuordnen sind besondere Haftungen, wie diejenige des Urteilsunfähigen (blosse Billigkeitshaftung?) oder die Gewässerhaftpflicht nach GSG (Haftung für die blosse Existenz? 134)) 135).

- 131) Bei dieser und der Werkeigentümerhaftung (gemäss OR 58) meldet Pierre Widmer (Standortbestimmung 315 ff) allerdings weitere Bedenken an, welche nicht leichthin in den Wind geschlagen werden dürfen; bei der Grundeigentümerhaftung ist demgegenüber aber auch darauf hinzuweisen, dass ZGB 679 durch ZGB 684 ergänzt und präzisiert wird, woraus sich doch wieder eine gewisse Legitimation dieser Haftung und gleichzeitig Begrenzung der entsprechenden Haftpflicht ergibt
- 132) SVG 58, EHG 1, ELG 27, AtG 12. Anknüpfungsmoment ist die den entsprechenden Einrichtungen innewohnende spezifische Betriebsgefahr; vgl. dazu Stark, Grundeigentümerhaftung 170. Zu beachten ist allerdings, dass ein mangelhaftes Werk natürlich ebenso gefährlich sein kann, vgl. Stein 73 (unten) f
- 133) JVG 13, SSG 27
- 134) Widmer, Standortbestimmung 321 ff m.w.H.; Keller 270; anders Oftinger in SJZ 68 (1972) 101 ff, bes. 107 und ders. in FS Larenz, München 1973, 961 ff, bes. 970 ff - die Frage des "Unrechts" dieser Haftung scheint mir zu-

Parallel zur Ueberlegung, dass ein richtig gefasster Verschuldensbegriff die "Adäquanzfunktion" weitgehend übernimmt 136), ist im Bereich der Kausalhaftungen ebenfalls immer wieder nach einem Wertungskriterium zu suchen, das gerade so auf dem subjektiven Anknüpfungspunkt, dem Haftungstatbestand beruht und die Zurechnung sowohl formal, als weitgehend auch inhaltlich überzeugender erscheinen lässt: denn die Adäquanztheorie. Mit der angezeigten kritischen Einstellung bleibt auch hier die Judikatur zum Adäquanzbegriff weiterhin verwendbar 137), denn wenn der Schaden unter einen Kausalhaftungstatbestand subsumiert werden kann, dann ist er eben dessen "angemessene" Folge, wodurch die Haftungsbeschränkung einleuchtend werden sollte 138), die Zurechnung somit als vernünftig und nachvollziehbar erscheinen dürfte. Der hauptsächliche Unterschied zur herkömmlichen Lehre liegt wiederum darin, dass nicht verschiedenartige Haftungsfälle und Haftpflichttatbestände über den Einheitsleiste einer vagen und undifferenzierten Kausallehre geschlagen werden, sondern Auslegung, Gesetzesanwendung auf konkrete Fälle, also eigentliche Zurechnung im Sinne von rechtlicher Wertung betrieben wird.

wenig geklärt zu sein; vgl. auch Lorez-Wiegand Irene, Haftung aus Gewässerverunreinigung, Diss. Zürich 1976, bes. 74 f

135) Stark kommt - m.E. aufgrund vergleichbarer Erwägungen - zum Schluss, dass eine generelle Gefährdungshaftung (für welche etwa Strickler und Widmer eintreten, vgl. dazu oben Anm. 94) vom Gesetzgeber nicht in einer genügend engen und präzisen Formulierung gefasst werden könnte; die Adäquanz verlöre jegliche Konturen und wäre zur Grenzziehung unbrauchbar; in ZSR 100 (1981) I 378 ff (= Stark, RVZ 232 ff) schlägt er deshalb eine Energiehaftung vor, aus der Ueberlegung, dass erhöhte Gefahrenzustände vielfach aus menschlichem Umgang mit Energie resultieren

136) Oben B II 2 c bb

137) Wie bei der Verschuldenshaftung, vgl. oben B II 2 c dd, bei Anm. 222 f. Vgl. zur Ill. ZBJV 120 (1984) 290 f

138) ... mehr oder weniger (nach wie vor!) ...

II. Widerrechtlichkeit (oder: Das objektive Zurechnungskriterium)

1. Ausgangspunkt zur Begriffsbestimmung

a) Vermögensschutz

Das Merkmal der Widerrechtlichkeit soll grundlegend auf die Frage antworten, wie weit sich der rechtliche Schutz von privatem Vermögen erstreckt. Fällt diese Antwort im konkreten Fall bejahend mit bezug auf das Widerrechtlichkeitskriterium aus, so ist damit entschieden, dass ein bestimmter Sachverhalt, nämlich ein Schaden mitsamt seiner Entstehung (139), von der Rechtsordnung missbilligt wird und ihr widerspricht oder sie verletzt (140). Es stellt sich hier mit aller Deutlichkeit die Frage nach dem Verlauf der Grenzen unserer Rechtsordnung. Welche Verhaltensweisen, welche Risikozustände mit tatsächlich feststellbaren negativen Wirkungen auf fremde Vermögen sind schadenersatzrechtlich von Relevanz?

Sicher keine Handhabe in dieser Richtung bieten die vorangehend herausgearbeiteten Komplementärbegriffe des Schadens und des Vermögens selbst (141), deren inhaltlicher Bestand praktisch unablässigen quantitativen Schwankungen unterworfen ist. Gegen derartige Vorgänge ist meist rechtlich gar nichts einzuwenden; unser Wirtschaftssystem beruht geradezu darauf (142), und alles andere hätte eine Lähmung des gesam-

139) Oder, wie früher etwa formuliert: die am Schaden "hängende Reihe von natürlichen Ursachen (Kausalkette)

140) Das ist die - an sich noch nicht viel aussagende - erste Annäherung an den Begriff der Widerrechtlichkeit in Form einer häufig anzutreffenden Definition der Widerrechtlichkeit als "wider das Recht": unten Anm. 182; vgl. Müller A. 18: "objektiver, auf einer Verhaltens-Erfolgs-Bewertung beruhender Normverstoss"; Kap. 3, 2. Abschn. B

141) Kap. 1, A, bes. II; Kap. 2 B I, bes. 1-5, 5 c

142) Kap. 1, A II 3 (a.A.): (soziale) Marktwirtschaft, freier Wettbewerb, Handels- und Gewerbefreiheit und Privatautonomie sind die Stichworte

ten wirtschaftlichen und privaten Lebens zur Folge 143). Die Privatrechtsordnung wäre offensichtlich auch völlig überfordert, wollte sie jede Vermögensverschiebung erfassen und sanktionieren.

Das Kriterium der Widerrechtlichkeit erfüllt somit die wichtige Funktion, rechtlich relevante von irrelevanten Vermögenseinbussen abzugrenzen, gebilligte von missbilligten, erlaubte von unerlaubten Vermögensdispositionen zu scheiden und damit den Rechtsschutz des Vermögens zu umreissen und zu begrenzen 144).

b) Schutz persönlicher Verhältnisse

Es ist bekannt, dass eine widerrechtliche Beeinträchtigung nicht nur das Vermögen eines Geschädigten, sondern auch das immaterielle Wohlbefinden eines solcherart Benachteiligten treffen kann; dieser erleidet dann "immaterielle Unbill". Der Begriff ist schwieriger von demjenigen der Widerrechtlichkeit zu trennen, als der Schadensbegriff, weil er naturgemäss sehr eng mit dem Gedanken der Persönlichkeitsverletzung, also einer Rechtswidrigkeit zusammenhängt 145). Helfen mag die Vorstellung, dass immaterielles Wohlbefinden gleichsam dem intakten Vermögen entspricht; immaterielle Unbill berechtigt zu Genugtuung wie Schaden zu Schadenersatz dann, wenn eine Beeinträchtigung desselben als tatsächlicher Vorgang von der Rechtsordnung missbilligt wird 146), d.h. durch den Richter als widerrechtlich zu werten ist. Hingegen

143) So ausdrücklich Merz 306; weitere Hinweise Kap. 1 A II 3, in Anm. 52/53

144) Kap. 1, A II 1 c

145) Kap. 2, B I 5 b, Anm. 100 m.w.H.; vgl. dazu auch Jäggi, Persönlichkeitsschutz, bes. 174 a f; Merz, SPR 236

146) Jäggi, Persönlichkeitsschutz 175 a f; 185 a f; 208 a f. Kap. 1 B IV, bei Anm. 182; oben B I 5 b, bei Anm. 106

schützt Art. 28 ZGB 147) die persönlichen Verhältnisse (bzw. nach neuer Fassung die Persönlichkeit selbst) nur vor Beeinträchtigungen von einer gewissen Intensität 148), im Gegensatz zu Art. 41 OR, wo jegliche Vermögensdifferenz als Schaden in Betracht fällt. Deshalb muss der rev. Art. 28 Abs. 2 ZGB 149) einen gegenüber dem Schadenersatzrecht 150) erweiterten Widerrechtlichkeitsbegriff 151) entwerfen, was im wesentlichen auch der bisherigen Rechtssprechung entspricht 152).

2. "Substrat" 153) des Widerrechtlichkeitsurteils

a) Bei der Verschuldenshaftung (Im Deliktsrecht)

Genau wie das Verschulden selbst bezieht sich auch das Widerrechtlichkeitsurteil auf die feststellbaren tatsächlichen Vorgänge: Schaden und Kausalität. Der darin zu ermittelnde Anknüpfungspunkt ist "menschliches Verhalten" 154) (mit Schadensfolgen). Dieses kann "Verschulden" im Sinne der Begriffselemente "Wissen, Willen, Vorausssehbarkeit, Vermeidbarkeit" 155) - aber ohne Widerrechtlichkeit - aufweisen 156); es kann als widerrechtlich im Rechtssinn, aber

147) I.V. m. OR 49

148) OR 49 I; oben B I 5 b, (bei) Anm. 103. Oftinger I 286 ff, bes. 297 ff; Keller/Landmann T. 114 f; GMK 58 f; vTuhr I 127; Jäggi, Persönlichkeitsschutz

149) Oben B I 5 b, Anm. 96a

150) Zum dort geltenden Widerrechtlichkeitsbegriff vgl. Kap. 3, 5. Abschn.

151) Durch die Möglichkeit einer Interessenabwägung durch den Richter selbst

152) Vgl. etwa BGE 101 II 196 f E. 6a

153) Vgl. oben I 2 d bb, Anm. 31

154) Oben I 2 b und Kap. 3, 2. Abschn. B I 1. Känzig 18, 40

155) Oben I, bes. 2 d; e bb

156) Die Möglichkeit von "Verschulden" ohne Widerrechtlichkeit liegt besonders beim "Vorsatz" auf der Hand (Ich beabsichtige, wirtschaftlich zu expandieren und füge dabei meinen Konkurrenten bewusst Schaden zu), ist aber auch bei Fahrlässigkeit möglich; dazu Näheres unten III 2 und Kap. 3, 1. Abschn., bes. B IV 1

ohne Verschulden 157) erscheinen. Den die Schadenersatzpflicht rechtfertigenden "Unwert" erhält es indes erst, wenn beide Merkmale gegeben sind 158). Widerrechtlichkeit und Verschulden bedingen sich keineswegs gegenseitig, sie sind vielmehr weitgehend voneinander unabhängig. Wie bereits bemerkt wurde, spielt es auch keine Rolle, ob die rechtliche Beurteilung über das objektive Kriterium Widerrechtlichkeit oder über das subjektive des Verschuldens 159) an die Kausalkette geknüpft wird 160); das - einheitliche - Anknüpfungsmoment von Rechtsfindung an Sachverhalt ist in beiden Fällen "menschliches Verhalten" 161).

b) Bei der Kausalhaftung

Hier ist zu prüfen, ob die von einem der genannten qualifizierten Schädigungspotentiale ausgehende Einwirkung auf fremdes Vermögen (Schadensverursachung) widerrechtlich ist, also der Rechtsordnung widerspricht, von ihr missbilligt wird. Eine rechtliche Anknüpfung an den Sachverhalt wird dabei jedoch über das Widerrechtlichkeitskriterium kaum zu bewerkstelligen sein; dafür dürfte vielmehr das subjektive

157) Also etwa ungewollte und nicht voraussehbare Schadenszufügung durch Beeinträchtigung von Leib und Leben (ohne besondere Rechtfertigungsgründe immer widerrechtlich! dazu Kap. 3, bes. 5. Abschn.); Kap. 3, 1. Abschn. B IV 2

158) Vgl. oben I 2 d aa m.H. auf Kap. 1 in Anm. 25 ff, 39 m.w.H.; oben A, bes. II m.w.H.

159) Also anstatt an "schuldhaftes Verhalten" wäre an "widerrechtliches Verhalten" anzuknüpfen; vgl. oben B II 2 c, cc, Anm. 213 f (sowie oben A, Anm. 20) und Kap. 3, 1. Abschn. A II 2 a, Anm. 51

160) Dazu oben B III 1 und C I 1

161) Für das hier gewählte Vorgehen waren Zweckmässigkeitsgründe ausschlaggebend; so kommt m.E. die vorwiegende Unabhängigkeit der Begriffe Widerrechtlichkeit und Verschulden auf diese Weise deutlicher zum Ausdruck (vgl. oben I 2 d aa und bb, bes. bei Anm. 29 [ff])

Merkmal des "Instrumentariums" 162) heranzuziehen sein, die besondere Beziehung des Haftpflichtigen zum Haftungstatbestand, nämlich ein "Innehaben" von qualifizierten Schadenspotentialen. Als "Substrat" erscheinen somit wiederum die haftungsauslösenden Merkmale des Ermittlungsvorganges.

3. Zum Wesen der Widerrechtlichkeit (Normwidrigkeit - Pflichtwidrigkeit - Rechtsgüterverletzung)

Für PERRIG ist Widerrechtlichkeit das Ergebnis einer Rechtsgüter- oder Interessenabwägung, welche zu bestimmen hat, ob das anlässlich eines (Vermögens-) Eingriffs beeinträchtigte Interesse oder dasjenige an der schädigenden Handlung (gewissermassen das "Eingriffsinteresse") überwiege 163). Dazu muss ich aus meiner Sicht einmal grundsätzlich festhalten, dass diese Interessenabwägung nicht nur das Kriterium der Widerrechtlichkeit bestimmt, sondern überhaupt jede Haftpflicht generell 164). In diesem Sinn entspricht "Eingriffsinteresse" dem weiter oben "Aktivitätsinteresse" genannten Begriff. Insbesondere ist ja daran zu erinnern, dass auch die subjektiven Zurechnungskriterien 165) bei der Beurteilung sowohl von Aktivitäts- wie von Integritätsinteresse von Bedeutung sein können 166); aber gerade sie möchten wir bei der Betrachtung des Widerrechtlichkeitsbegriffs an sich, als objektives Zurechnungskriterium, soweit wie möglich beiseite lassen. Die Kausalhaftungen schliesslich sind ihrerseits geradezu Ausdruck eines Ueberwiegens von Aktivitätsinteres-

162) Kap. 1, B VI, bes. 2; vgl. oben I 3

163) Perrig, Widerrechtlichkeit, bes. 326 f

164) Kap. 1, B II 3 c, bes. aa (Anm. 50); vgl. zur erweiterten Definition des Widerrechtlichkeitsbegriffs in rev. ZGB 28 II oben bei Anm. 149

165) Verschulden bei der Verschuldenshaftung; subjektive Beziehung zum qualifizierten Schädigungspotential bei der Kausalhaftung (Kap. 1, B VI; Kap. 2, bes. C I)

166) Kap. 1, B II 4

se 167), indem von den Auswirkungen ihrer Schädigungspotentiale regelmässig gegenüber dem "blossen" Vermögen höherwertige Rechtsgüter betroffen sind 168), was in diesem Bereich jedoch von der Rechtsordnung in Kauf genommen wird.

Man kann jedoch durchaus von dem an sich ja richtigen Standpunkt PERRIGS ausgehen. Wenn - was unbestritten sein dürfte - die Rechtsordnung eine erste Antwort auf die Frage nach der Gewichtung der sich entgegenstehenden Interessen gibt, so kommt man wieder zurück zur Definition der Widerrechtlichkeit als Widerspruch zu oder Verletzung der Rechtsordnung 169). Insofern erscheint jede Rechtsgüterverletzung und jede Normwidrigkeit 170) in erster Betrachtung als widerrechtlich; in einem zweiten Schritt ist dann als weiteres Widerrechtlichkeitsproblem die Frage einer eventuellen Rechtfertigung zu klären 171). Dagegen kann anhand des Widerrechtlichkeitskriteriums allein noch nicht gesagt werden, ob Aktivitäts- oder Integritätsinteresse überwiege und damit Haftpflicht gegeben sei 172).

Widerrechtlichkeit ist also Normwidrigkeit oder Rechtsgüter-

167) Kap. 1, B II 3 c, bes. bb und das. V 5: trotz voraussehbaren und unvermeidlichen widerrechtlichen Auswirkungen geduldete ("erlaubte") Risiken

168) Kap. 1, B IV 2 (bei) Anm. 248 m.w.H. So fragwürdig ein solches Prinzip auch anmuten mag (oben Anm. 118)

169) Oben I a, 2 b. Vgl. unten 4

170) Dazu im einzelnen vgl. Kap. 3, 2. Abschn., bes. A II und III sowie B

171) Unten 6

172) M.E. übersieht Perrig auch, dass Kausalhaftung eine "Zustandshaftung" ist (Kap. 1, B II 3 c bb sowie oben I 3), und somit die Frage nach einem "Interesse an der schädigenden Handlung" nicht so allgemein gestellt werden kann; einen Sinn hat sie nur, wenn sie sich auf die Eingehung eines Risikos bezieht (Kap. 1, B II 4)

verletzung; das eine bedingt das andere, oder - positiv ausgedrückt: Rechtsgüter ergeben sich aus einer oder mehreren Verhaltensnormen 173). Soweit ein Interesse Rechtsschutz genießt, kann es sinnvollerweise auch als Rechtsgut umschrieben werden. Das Vermögen selbst erscheint eben insofern als (indirektes) Rechtsgut, wie es rechtlich geschützte Interessenpositionen umfaßt 174); die Rechtsordnung zieht innerhalb des Sachbegriffs "Vermögen" eine Grenze, jenseits welcher private Vermögensinteressen nicht mehr als "berechtigt" im Sinne von rechtlichen Schutz verdienende Werte anerkannt werden. Jede Beeinträchtigung des geschützten Teils des Vermögens ist widerrechtlich. Der Rechtsschutz kann deshalb nicht an den Sachbegriff selbst anknüpfen, sondern nur an die Art und Weise, wie der Eingriff erfolgt; man sagt deshalb auch, das Vermögen sei nicht absolut, sondern nur gegen gewisse schädigende Vorgehensweisen - wie insbesondere etwa Betrug - geschützt 175).

Aber es ist heute nicht mehr nur das Vermögen, das man aus dieser Sicht als relatives Rechtsgut bezeichnen könnte. Auch das Eigentum ist nicht mehr als rechtlicher Wert absolut geschützt. In der schweizerischen Rechtspolitik und -lehre will man zwar im allgemeinen von einer "Sozialbindung des Eigentums" lieber so wenig wie möglich wissen, aber der Keim dazu ist ja auch bei uns in Art. 2 ZGB enthalten, und in Art. 667 ff finden sich dazu einige Konkretisierungen. Man darf wohl sagen, dass der Eigentümer - auch bereits vor einer eigentlichen Ueberschreitung seines Rechts - billige Rück-

173) Känzig 57 und 211; Kap. 3, 2. Abschn. B I 2 a m.w.H.; Kap. 1, A II 1 ("Das Vermögen als Rechtsgut")

174) "Indirektes", "mittelbares" oder "relatives" Rechtsgut, Kap. 1, A II 1, bes. c; Desax 10 f, 42; Stark RZ 155

175) Merz 309 ff: "Du sollst nicht... wie"; vgl. dazu auch Kap. 3, 2. Abschn. A III 3 sowie B II

sicht auf jedes entgegenstehende Interesse zu nehmen hat, soweit es ihm zuzumuten ist 176).

Schliesslich ist selbst das - eigentlich als unantastbar erscheinende - Persönlichkeitsrecht auf körperliche 177) Integrität gewissen Anfechtungen unterworfen; so wenn jemand unter Berufung auf seine "persönliche Freiheit" für sich das Recht zu Rauchen und damit die Lunge seines Nachbarn zu schädigen in Anspruch nimmt.

Es dürfte sich insgesamt zeigen, dass die Widerrechtlichkeit eines Vermögenseingriffs abhängt von der Intensität des Rechtsgüterschutzes, den die Rechtsordnung der betroffenen Interessenposition zuteil werden lässt 178).

Abschliessend bleibt darauf hinzuweisen, dass der Verstoss gegen die Rechtsordnung, welcher in jeder Widerrechtlichkeit liegt, möglichst objektiv betrachtet werden muss. Zu Verwechselbarkeit mit Verschulden und damit zu Missverständnissen Anlass gibt die Auffassung von Widerrechtlichkeit als "Pflichtwidrigkeit", weil diese dazu neigt, den Verstoss vom Subjekt aus zu betrachten und bereits wieder "Fehlverhalten" anzunehmen. Gerade die Fahrlässigkeit ist und bleibt ja eine

176) Dabei darf jedoch keinesfalls vergessen werden, dass auch der Eigentümer ein legitimes Interesse daran haben kann, seine - durch die Rechtsordnung in ZGB 641 ursprünglich verliehenen - Befugnisse vollständig auszuschöpfen. Dass die Lösung dieses Interessenkonflikts heikel und schwierig ist, darf nicht dazu verleiten, ihn zu negieren! Ein Patentrezept für alle denkbaren Fälle gibt es - wie so oft - nicht

177) Solchen Anfechtungen unterliegen auch andere hochwertige Persönlichkeitsrecht; die "persönliche Freiheit" wird heutzutage oft als (falsche!) Etikette für blanken Egoismus verwendet

178) Dazu Kap. 3, 2. Abschn. B I 2

Art "Sorgfalts-Pflichtwidrigkeit", darf jedoch nicht in der Widerrechtlichkeit aufgehen 179). Die Bezeichnung Pflichtwidrigkeit ist in diesem Zusammenhang deshalb abzulehnen.

4. Die Widerrechtlichkeit in Lehre und Rechtsprechung

Etwas vereinfacht kann man sagen, dass die schweizerische Rechtsliteratur den Widerrechtlichkeitsbegriff im allgemeinen von derselben Seite her angeht, wie es hier geschehen ist; so ist überall etwa von "Verstoss gegen Verhaltens- bzw. Rechtsnormen" 180), "Verletzung von Rechtsgütern" 181), Verhalten "wider das Recht" 182) oder ähnlichem 183) zu lesen. Dem entspricht auch die stereotyp und ewig wiederkehrende Formel des Bundesgerichts vom "Verstoss gegen geschriebene und ungeschriebene Gebote oder Verbote der gesamten Rechtsordnung, die dem Schutz des verletzten Rechtsgutes dienen" 184).

Nicht im Ansatz liegen die Probleme des Begriffs - hier besteht Einigkeit -, sondern in seiner feineren Ausgestaltung in konkreten Fällen, d.h. in seiner rechtlichen Anwendung, wozu mit dem erwähnten Ansatz noch kaum etwas gewonnen ist.

179) Oben I 2 d, bes. aa und e, bes. aa

180) Känzig 105; Merz 306; GMK 164; Oftinger I 128 f; Deschenaux/Tercier § 6 RZ 4; Desax 13 ff; vTuhr I 408; Maurer 19; Müller A. 18; Keller 68; Engel N 102 (307); Châtelain 221

181) GMK 165; vTuhr I 409; Känzig 49 ff m.w.H.; Gygi 422 f; Giger 379 m.w.H. (N 50); Jäggi, Persönlichkeitsschutz 211 a. Zwischen Normverstoss und Rechtsgüterverletzung besteht im Grunde kein Gegensatz, ja nicht einmal ein Unterschied, oben bei Anm. 173 m.w.H.

182) Känzig 1, 93 ff; Darbellay 5 f; Schuhmacher 38; vBüren 258; ähnlich vWattenwyl 422 ff; Châtelain 221; Salzgeber 158; Horn 22; Wolf 83 f; anders Perrig, vgl. oben 3 a.A.

183) Yung 109 ff; Kommentar Oser/Schönenberger N 8 zu OR 41 ("Verletzung des objektiven Rechts"); Gautschi 373; Komm. Becker N 38 zu OR 41 ("Verletzung rechtlich geschützter Interessen"). Stark, Grundeigentümerhaftung

Dieser Einstieg ist als Ausgangspunkt für die Detailbetrachtung im nächstfolgenden Kapitel 3 zu sehen, wo ich zudem auch auf die - im Ergebnis gleichwertige - sogenannte subjektive Widerrechtlichkeitstheorie eingehen werde 185).

5. Terminologisch - Begriffliches

Das Merkmal "widerrechtlich" gehört zum früher erwähnten "haftpflichtrechtlichen Instrumentarium" 186). Eine gleichbedeutende Verwendung der Ausdrücke "rechtswidrig", "unrechtmässig" und "unbefugt" 187) ist gebräuchlich und erscheint angezeigt 188).

Es ist in diesem Zusammenhang nochmals kurz darauf hinzuweisen 189), dass Hans-Rudolf HORN in seinen "Untersuchungen zur Struktur der Rechtswidrigkeit" 190) die Begriffe "Rechtswidrigkeit", "Widerrechtlichkeit" und - gleichbedeutend - "Unrecht" in einem viel weiteren Sinn versteht, nämlich als Komplementärbegriffe zum "Unglück", dessen negative Auswirkungen im Vermögen (Schaden) "von Rechts wegen nicht abgewälzt werden kann", weil es sich eben um einen "Schicksalsschlag" handelt 191). Dieser Auffassung entspricht der von

143 f, bemerkt m.E. richtig, dass damit die sogenannt materielle Rechtswidrigkeit (als Verstoss gegen allgemeine gesellschaftliche Interessen) ausser Betracht fällt; Wortlaut und Sinn von OR 41 schliessen diese Theorie aus. Vgl. auch Kap. 3, 2. Abschn. A I Anm. 2

184) So wörtlich etwa in BGE 79 II 438; 82 II 28; 88 II 280 f; 90 II 279; 91 I 453; 95 III 91; sinngemäss BGE 56 II 372 (nicht in Pra); 75 II 212 (Pra 38 S. 499); 101 I b 255 (Pra 64 S. 774); 102 II 88 (Pra 65 S. 364)

185) Kap. 3, 2. Abschn. A II 1, bes. a

186) Kap. 1, B VI; "Voraussetzungskatalog" (Giger)

187) (a) ZGB 28. "Unrechtmässig" ist im Privatrecht kaum gebräuchlich (sondern eher im Strafrecht); wWattenwyl 417

188) Perrig, WR 25 N 1; Horn 20 ff; Darbellay 5; Stark RZ 249; ders., Grundeigentümerhaftung 142 N 9; Jäggi, Persönlichkeitsschutz 208 a; ders., FS Schönenberger 186; Schuhmacher 41 N 2 m.w.H.; Wolf 85. Ebenso BGE 66 II 169; 94 I 639

189) Vgl. Kap. 1, B V 1, Anm. 191

mir verwendete Begriff "Unrecht" und - komplementär dazu - ebenfalls "Unglück" 192).

Was die vorliegende Arbeit betrifft, so dürfte es sich inzwischen geklärt haben, dass die Bezeichnung "Widerrechtlichkeit" sich auf einen engeren Begriff bezieht, welcher erst zusammen mit einem subjektiven Anknüpfungskriterium 193) ein die Schadensüberwälzung rechtfertigendes "Unrecht" ergibt 194). Dies folgt auch aus der Erkenntnis, dass die Widerrechtlichkeit eine selbständige und vom Verschulden unabhängige, aber allein nicht genügende Voraussetzung der Haftpflicht bildet 195).

Die Ausdrücke "zivilrechtliches Delikt" 196) und "unerlaubte Handlung" bezeichnen m.E. den Tatbestand einer Verschuldenshaftung, also widerrechtliches und schuldhaftes Verhalten (Unrecht), das einen Schaden bewirkt hat 197). Eine materielle Notwendigkeit zu weiterer Unterscheidung von "unerlaubten" und "widerrechtlichen" Eingriffen 198) sehe ich bei dieser Betrachtungsweise nicht; erlaubte Eingriffe 199) können die

190) Hinweis im Literaturverzeichnis

191) Horn 25

192) Kap. 1, B V, bes. 1

193) Bei der Verschuldenshaftung: schuldhaftes Verhalten; bei der Kausalhaftung: "Innehaben" eines "qualifizierten" Schädigungspotentials, das bei gewöhnlichen Kausalhaftungen zusätzlich gewisse Verschuldenselemente aufweisen kann (unter Umkehr der "normalen" Beweislastverteilung): oben I 3

194) Kap. 1, B, bes. V; vgl. auch VI; oben A II und C I 2 d

195) Oben I 2 d, bes. aa und bb sowie II 2; Kap. 3, 1. Abschn.

196) Vgl. Kap. 1, A IV 1, bei Anm. 112

197) Vgl. dazu Kap. 1, B III 2 c und VI 1 (Anm. 239)

198) Desax 12 ff (genauer: "unerlaubt i.e.S."); Kap. 3, 1. Abschn. A II 2 b

199) Z.B. eben Schädigungen im Wirtschaftskampf (Hinweis oben Anm. 142 und unten 205) oder in Notwehr. Zum Begriff des "Eingriffs" oben I 2 b m.w.H.

Begriffsmerkmale eines "Verschuldens" aufweisen, nämlich gewollt oder vorausseh- und vermeidbar sein 200); der "schuldlose Kausalhaftpflichtige" 201) greift nicht rechtmässig (sondern eben widerrechtlich) in fremde Vermögen ein: andere Auffassungen führen unweigerlich zu begrifflicher Verschmelzung von Widerrechtlichkeit und Verschulden im Deliktsrecht 202).

6. Exkurs: Rechtfertigung

Auf das Problem der Rechtfertigungsgründe wird in dieser Arbeit nur am Rande eingegangen, obwohl sie den Ausschluss der Widerrechtlichkeit bewirken 203); sie lassen sich jedoch ohne weiteres in das abgesteckte systematische Umfeld der Widerrechtlichkeit einordnen. Lediglich auf einen Punkt möchte ich hinweisen, und zwar im Zusammenhang mit der Auffassung gewisser Autoren, wonach es zwischen "nicht widerrechtlich" und "gerechtfertigt" überhaupt keinen Unterschied geben soll 204). Dem kann ich nicht zustimmen. Denn die Zufügung von reinen Vermögensschäden im loyalen, fairen Wirtschaftskampf kann rechtmässig, also nicht-widerrechtlich sein 205). Eine Rechtfertigung braucht es dafür nicht; in derartigen Vorgängen liegt nicht die Spur einer Widerrechtlichkeit.

Hingegen rechtfertigt z.B. das Notwehrrecht die Vornahme von an und für sich widerrechtlichen Handlungen. Solchen Vorgän-

200) Entgegen den Ausführungen bei Desax 29. Vgl. unten

201) Desax 21 ff. Vgl. dazu auch Anm. 53 in Kap. 1, B II 3 c bb

202) Kap. 3, 1. Abschn. A II 2 b a.E. sowie allgemein das. B, bes. II

203) Vgl. dazu die Standardwerke sowie bes. eingehend die Dissertationen von Känzig und Baader (Literaturverzeichnis

204) Müller A. 12 m.w.H.; Deschenaux/Tercier § 6 RZ 28 ff

205) Kap. 1, A II 3 m.w.H.

gen kommt deutlicher Ausnahmecharakter zu und sie sind eng an das Verhältnismässigkeitsprinzip gebunden. Rechtfertigung ist somit die nachträgliche Legitimierung von eigentlich widerrechtlichen Geschehnissen. Insofern trifft MERZ in den nachfolgend wiedergegebenen Formulierungen meine diesbezügliche Auffassung ganz genau:

"Vorbehalten bleiben bei allen Widerrechtlichkeitstatbeständen besondere Gründe für den Ausschluss der Widerrechtlichkeit, wie öffentlich-rechtliche Handlungspflichten und Verletzungsbefugnisse auf verschiedener Grundlage (Notwehr, Notstand, Selbsthilfe, Wahrung berechtigter Interessen, Einwilligung des Verletzten). Die Frage nach den Ausschlussgründen ist eng verknüpft mit der Frage nach dem Begriff der Widerrechtlichkeit. Sie wird in der vorliegenden Arbeit nicht weiter verfolgt. Es sei lediglich der Meinung Ausdruck gegeben, dass schon aus methodischen Gründen die Ausschlussgründe nicht als negative Begriffsmerkmale der Widerrechtlichkeit aufzufassen sind und dass somit erst nach erfolgter Feststellung der grundsätzlichen Widerrechtlichkeit einer Schädigung zu untersuchen ist, ob besondere Ausschlussgründe ausnahmsweise die an sich gegebene Widerrechtlichkeit zu beseitigen vermögen." 206)

III. Widerrechtlichkeit und Verschulden

1. Unrecht, Unwerturteil, Zurechnung

Zusammenfassend zeigt es sich, dass das haftungsbegrenzende, juristische Unwerturteil aus einem objektiven und einem subjektiven Ansatz besteht; diese Erkenntnis hat ja auch im Strafrecht grundlegende Bedeutung und begegnet dem praktisch tätigen Juristen - meist unbewusst - täglich. Beide zusammen ergeben "Unrecht" nach unserer Definition und machen einen Schaden mit feststehendem Kausalverlauf zurechenbar im haftpflichtrechtlichen Sinne.

Systematisch auseinanderhalten kann man diese Elemente nur, wenn es gelingt, ihnen die Merkmale Widerrechtlichkeit und

Verschulden je in begrifflicher und terminologischer Hinsicht auf überzeugende Weise respektive beizuordnen. Dabei ist klar, dass der subjektive Ansatz als "Verschulden", der objektive als "Widerrechtlichkeit" erscheinen muss. Man darf sich jedoch nicht vom allgemeinen und zum Teil auch juristischen Sprachgebrauch irreleiten lassen, wonach Verschulden schon für sich allein Vorwerfbarkeit, also im Grunde ein Unwerturteil - Unrecht - impliziert. Es dürfte einleuchten, dass die hier vertretene Konzeption vor allem im Hinblick auf das Verschulden insofern klarer und verständlicher bleibt, als seine Begriffselemente Wille, Wissen; Vor-
aussehbarkeit, Vermeidbarkeit leichter fassbar sind, wenn ihnen die Idee der Vorwerfbarkeit nicht zusätzlich und unnötigerweise aufgepackt wird. Dass diese Betrachtungsweise im Grunde genommen sowohl einer gewissen allgemeinen Anschauung des täglichen Lebens 207) als auch eigentlich unserer Rechtssprechung und Lehre 208) entspricht, werde ich zu Beginn des folgenden Kapitels zu zeigen versuchen 209).

Hinweise zur Abgrenzung zwischen Widerrechtlichkeit und Verschulden folgen im 3. Abschnitt des nächsten Kapitels.

207) Kap. 3, 1. Abschn. B IV 1: etwa "aus eigenem Verschulden in Not geraten"; "selbstverschuldet den Zug verpasst", usw.: Widerrechtlichkeit ist nicht erforderlich, haftplichtrechtlich relevantes Unrecht (Unwerturteil) liegt (i.d.R.) nicht vor und damit wäre ein allfälliger Schaden selbst dann nicht zurechenbar, wenn fremdes Verschulden vorläge. Guhl (78 ff, vgl. oben C I 2 d, Anm. 29 a.E.) vertritt eine Konzeption, wonach sich eigenes Verschulden auf "Ordnungswidrigkeiten" beziehen soll, wie fremdes (oder "technisches") Verschulden auf Widerrechtlichkeit (dazu auch a.a.O. Anm. 32)

208) Kap. 3, 1. Abschn. B V

209) Anders im französischen Recht, wo "faute" im allg. einen objektiven und einen subjektiven Ansatz enthält, also Widerrechtlichkeit und Verschulden in sich schliesst (Unrecht); Kap. 3, 1. Abschn. A

2. Das Problem des Unrechtsbewusstseins

Gegenstand oder "Substrat" der normativen Wertung anhand von Widerrechtlichkeit und Verschulden sind die tatsächlichen Geschehnisse, ihrerseits Objekt des Ermittlungsvorganges, nämlich der Schaden und seine Entstehungsgeschichte (Kausalität) 210). Zumindest im Fall des Vorsatzes wird sich das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit ganz von selbst einstellen, von selbst gegeben sein, weil nur eine sehr beschränkte Zahl von Tatbeständen als widerrechtlich im zivilrechtlichen Sinn gelten kann, von denen niemand glaubwürdig behaupten kann, er kenne sie nicht: Beeinträchtigung der körperlichen Integrität, des Eigentums sowie einige wenige weitere, möglichst streng qualifizierte Eingriffe in fremdes Vermögen, wie etwa in Fällen von Arglist, krassem Verstoß gegen Treu und Glauben, Strafrechtswidrigkeit 211); ein Rechtsirrtum und damit fehlendes Rechtswidrigkeits-Bewusstsein kommt da m.E. praktisch nicht in Frage. Es ist somit nicht einzusehen, wieso man das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit nicht auch im Zivilrecht als - gewissermassen stillschweigenden - "Inhalt des Vorsatzes" auffassen können soll, wie etwa SCHULTZ dies tut 212). Sollte es fehlen - so folgt daraus -, so würde der Vorsatz entfallen; aber dies ist ja, wie dargelegt, ohnehin nur eine wirklichkeitsfremde Hypothese. Das praktische Ergebnis bleibt sich gleich und lautet dahin, dass der Hinweis auf mangelndes Unrechtsbewusstsein

210) Oben C I 2 d bb und C II 2

211) Kap. 3, bes. 5. Abschn.

212) Schultz, 4. Aufl. 191 f (3. Aufl. 175 f); dass hindert m.E. nicht daran, den Verschuldensbegriff vorerst eher "psychologisch" zu sehen, weil ja das - wie gesagt selbstverständliche - Bewusstsein der Rechtswidrigkeit sich - gewissermassen nachträglich - als Relation zwischen Verschulden und Widerrechtlichkeit herausstellt; vgl. auch vTuhr I 428 f m.w.H.

oder auf Rechtsirrtum im Zivilrecht keinerlei Entschuldbarkeit begründet 213).

Bei der Fahrlässigkeit stellt sich die Frage in dieser engen Beziehung nicht. Wir haben ja den Begriff "Unrecht" weiter gefasst, als denjenigen der Rechtswidrigkeit, nämlich als Zurechenbarkeit anhand eines objektiven und eines subjektiven Anknüpfungsmomentes. Unrechtsbewusstsein ist demnach Erkennbarkeit oder - nachträglich - Erkenntnis dieser beiden Ansätze. In bezug auf die Widerrechtlichkeit 214) ergeben sich insofern wie gesehen, kaum Probleme; deren Bewusstsein kann regelmässig als unzweifelhaft gelten. Es bleibt die Fahrlässigkeit, die sich ja heute zunehmend aus kodifizierten Vorsichtspflichten ableitet 215). Ihre Verletzung erfolgt - bei an sich fahrlässiger Schadenszufügung - oft vorsätzlich.

Im Strafrecht entsteht eine ähnliche Situation dort, wo gewissermassen eine begrenzte Widerrechtlichkeit generell unter Strafe gestellt wird, wie z.B. in Art. 72 des Militärstrafgesetzbuches 216), der die Verletzung von Dienstvorschriften als strafbar erklärt, oder in Art. 90 SVG, der Verstösse gegen Strassenverkehrsrecht allgemein unter Strafe stellt 217). Bezeichnenderweise befand man es bei der Revision des MStG für notwendig klarzustellen, welches Element die innere Beziehung beschlagen solle 218): Art. 72 MStG

213) Engel N 105 S. 217; vgl. zu alldem auch Hauser R. 614 f

214) ... der objektive Ansatzpunkt bzw. Anknüpfungsmoment (im Gegensatz zum - subjektiven - Verschulden)

215) Oben I 2 e dd; vgl. Welser 16, nach N 32

216) MStG, SR 321.0

217) Und schliesslich auch überall da, wo ein Regelverstoss die strafrechtliche Fahrlässigkeit bildet, vgl. dazu oben I 2 e dd und Rehberg (zit. Anm. 219 sowie oben Anm. 105) 56 ff, bes. 61 (unten) f

218) Vgl. BB1 Nr. 18, 129. Jahrgang, Bd. II, S. 29 f

ist zwar ein Vorsatzdelikt, soll aber heute nur noch als erfüllt gelten, wenn der Täter "ein Reglement, das er kennt oder bei pflichtgemäsem Verhalten kennen sollte, nicht befolgt" (sogenannte Rechtsfahrlässigkeit); die Vorsätzlichkeit der verletzenden Handlung als solcher wird von dieser Frage nicht berührt.

Im Strassenverkehrsrecht dürfte Rechtsfahrlässigkeit immer angenommen werden: wer sich ans Steuer setzt, hat alle Vorsichtspflichten der einschlägigen Gesetze und Verordnungen zu kennen 219); tendenziell gilt dies auch im Haftpflichtrecht: "error iuris nocet" 220) - die Frage nach dem Unrechtsbewusstsein scheidet sich an derjenigen des Rechtsirrtums 221). Mit Rücksicht auf das nahezu inflationäre Wachstum kodifizierter Sorgfaltspflichten heutzutage, scheint mir diesbezüglich Vorsicht am Platz; kaum fehlgehen wird man, wenn auf vernünftig (den Umständen angemessen) beurteilte Voraussehbarkeit bzw. Vermeidbarkeit als solche abgestellt wird und man einen allfälligen Verstoss gegen geschriebene, aber nicht bekannte Sorgfaltspflichten lediglich als Indiz wertet 222).

219) Eine Anwendung dieser Regel auf Fussgänger schiene mir deshalb zu weit zu gehen. Vgl. Rehberg in Zeitschr. "recht" 2 (1984) 63, N 23 (zit. oben Anm. 105 und 217)

220) Oftinger I 139; Engel N 105 (S. 317); Schwander Vital RZ 203 ff; BGE 82 II 317 f; 91 II 42 f

221) Jäggi, (Berner) Kommentar N 39 zu ZGB 3; vTuhr I 428; Engel N 105 (S. 317). Vgl. Schultz 4. Aufl. 192

222) Oben I 2 e dd (bes. a.E.)

3. KAPITEL

DIE WIDERRECHTLICHKEIT IM EINZELNEN

1. Abschnitt

Die objektive Widerrechtlichkeit als selbständiger Begriff

A. Begriffliche Verschmelzung von Widerrechtlichkeit und Verschulden

I. Das französische Recht

1. Vorbemerkung

Es ist bekannt, dass die haftpflichtrechtliche Literatur zu den allgemeinen Problemen allein in der Schweiz, aber vor allem auch in unseren Nachbarländern 1), ein kaum mehr Überblickbares Ausmass angenommen hat. Rechtsvergleichende Studien wurden verschiedentlich auch von Schweizer Autoren schon angestellt. Im Bemühen, den Umfang der zu verarbeitenden Literatur im eigenen, aber sicher auch im Interesse des Lesers in erträglichen Grenzen zu halten, möchte ich mich möglichst auf schweizerische Rechtsliteratur beschränken. So stütze ich mich hier auf die erwähnten Studien. 2).

2. Der Begriff "faute" im französischen Code civil

Art. 1382 des französischen Code civil lautet folgendermassen:

- 1) Gemeint ist vor allem Deutschland; vgl. etwa Palandt, Literaturverzeichnis zu § 823 BGB oder die entsprechenden Verzeichnisse bei Esser und Larenz
- 2) Es handelt sich namentlich um folgende Literaturstellen: Richard (1938) 18 ff; Känzig (1939) 6 f; Baader (1947) 47 ff; Darbellay (1955) N 2, 3 usw.; und Yung (1968) 106 (Pt. 6)

"Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer". 3)

Der darauffolgende Art. 1383 präzisiert:

"Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence". 4)

Obwohl dieser Text den Begriff der Widerrechtlichkeit nicht ausdrücklich erwähnt, besteht in der Lehre offensichtliche Einigkeit 5) darüber, dass er dennoch vorhanden ist und zwar als Bestandteil des Merkmals "faute". Dieses setzt sich demnach aus einem objektiven Element "illicite, illicéité" 6) und einem subjektiven, genannt "imputabilité" 7) zusammen. Allerdings handelt es sich dabei nur um eine ideelle, eine gedanklich abstrakte Trennung; der Begriff "faute" bildet nach (überwiegender) französischer Auffassung eine einheitliche und selbständige Haftungsvoraussetzung 8). Die "faute" des

- 3) Frei übersetzt: Jedes menschliche Verhalten, das anderen Schaden verursacht, verpflichtet zu Schadenersatz, wenn das (ein) Verschulden daran trifft.
- 4) Jedermann ist verantwortlich für den Schaden, den er (nicht nur) durch seine (vorsätzliche) Handlung, (sondern auch) durch Nachlässigkeit oder Unvorsichtigkeit verursacht hat
- 5) Gewisse Einschränkungen bringt Baader (S. 48) für die ältere (noch aus dem vorigen Jahrhundert stammende) französische Literatur an; er erwähnt Domat, Pothier und Duranthon, vgl. die dortigen Zitate, ebenso Darbellay N 1
- 6) Unerlaubtheit, Rechtswidrigkeit, Widerrechtlichkeit. Richard spricht von "devoir violé" als objektivem Element (S. 19)
- 7) Vorwerfbarkeit, (subjektive) Zurechenbarkeit
- 8) So Bosc (zit. Anm. 12 hienach) S. 9-11, vgl. Darbellay, N 20 f (S. 46 ff): "faute" entfällt schon beim Fehlen eines der beiden genannten Elemente. Darbellay: "illicéité" bedingt "imputabilité" und umgekehrt, vgl. dazu II 1 b (bei Anm. 34) hienach; Deschenaux/Tercier § 6 RZ 6

französischen Rechts vereinigt die Widerrechtlichkeit und das Verschulden (*faute*) des schweizerischen Rechts in einem Begriff. Das Wort *faute* hat also in Frankreich und in der Schweiz nicht dieselbe Bedeutung 9). Das im (französischen) Begriff *faute* enthaltene Merkmal "widerrechtlich" weist darauf hin, dass es auch nach der französischen Auffassung Schädigungen geben muss, welche durchaus zu Recht erfolgen 10).

Aufgrund der für diese kleine Rechtsvergleichung von mir konsultierten Literaturstellen 11) wären als hauptsächliche Vertreter der wiedergegebenen Konzeption in der französischen Rechtsliteratur etwa die Autoren BOSC 12), DEMOGUE 13), RODIÈRE 14) und SAVATIER 15) zu nennen; zahlreiche weitere Belege und Hinweise finden sich in den herangezogenen Studien 11) 16).

9) Yung, *principes* 160 (N 6); ebenso Merz 323 (unten) f m.w.H.

10) Baader 50; vgl. Kap. 2, C II 6 a.E. m.w.H.

11) Oben Anm. 2

12) Jean Bosc, *Essai sur les éléments constitutifs du délit civil*, Thèse de Montpellier, Paris 1901, p.7

13) René Demogue, *Traité des obligations en général*, vol. III, Paris 1923, N 222 und 225 ff

14) R. Rodière, *La responsabilité civile*, Paris 1962, No 1395

15) René Savatier, *Traité de la responsabilité civile*, Paris 1939, Nos. 1 und 4 ff; sowie derselbe, *Règle générale de responsabilité civile*, in *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 54 (1934) S. 409-493

16) So zB. bei Känzig 6 N 1; Baader 48 N 5, 6 und 7 sowie 50 N 9; Darbellay 12 N 3, 5; 13 N 1; 15 (bei) N 1, 2 und 3; Yung 106 N 11. Vgl. ferner Stark, *Grundeigentümerhaftung* 142, N 10 und dessen Hinweis auf Mazeaud; in der gleichen Richtung auch Oftinger I 135 N 38 m.w.H.

II. "Aussenseiter" der Schweizerischen Doktrin

Die Exponenten einer Theorie der "subjektiven Normwidrigkeit" 17) sind in der schweizerischen Rechtslehre deutlich in der Minderzahl. Meines Erachtens rührt dies daher, dass im Gesetz keinerlei Anzeichen zu entdecken sind, welche für, aber etwelche, die gegen diese Theorie sprechen. Ich bin der Meinung, dass der Gesetzgeber sich recht deutlich zu einem objektiven Widerrechtlichkeitsbegriff bekannt hat 18).

1. Vom französischen Recht beeinflusste Autoren

a) Albert Richard 19)

RICHARD hebt die Nachteile einer begrifflichen Zerlegung von objektiver und subjektiver Seite der Verantwortlichkeit in die Begriffe Widerrechtlichkeit und Verschulden hervor 20). Als solche sieht er namentlich die Beweislastverteilung 21); das Fehlen von genügend Verbotsnormen gegen schädigendes Verhalten in der gesamten Rechtsordnung 22); die

17) So lautet der von Känzig, 70, gewählte Ausdruck; Oftinger I, 135, spricht von "subjektiver Rechtswidrigkeit". Dieses Problem ist nicht zu verwechseln mit dem berühmten Streit um eine objektive, bzw. subjektive Theorie der Widerrechtlichkeit, Oftinger I 135, N 41; dazu unten 2. Abschn. A II. Es handelt sich um eine Betrachtung vom Norm-Adressaten her, im Gegensatz zu objektiver Betrachtungsweise; vgl. dazu auch unten Anm. 51

18) Unten B VI, sowie 3. Abschn. A, bes. III

19) "Remarques sur les mots "d'une manière illicite" de l'art. 41 CO", vgl. Literaturverzeichnis (in Klammern die Seiten des Separatdrucks) S. XXVII

20) Richard 311-314 (15-18)

21) Der Geschädigte muss die Widerrechtlichkeit der Schadenszufügung "beweisen"; gl.M. Baader (S. 142 f), der darin einen gewichtigen Grund sieht, sich der subjektiven Widerrechtlichkeitstheorie anzuschliessen, ebenso W. Burckhardt 240. Meines Erachtens ist die Bedeutung dieses Argumentes gering, da es sich primär um Rechtsfragen handelt: iura novit curia (Kap. 2, B, bes. III 2 b)

22) So dass immer wieder allgemeine Rechtsgrundsätze herangezogen werden müssen (ZGB 2); unter Berufung auf ZGB 1 wurden neue "Widerrechtlichkeitstatbestände" geschaffen, wie namentlich der Gefahrensatz (dazu unten 2. Abschn. A III 2 (b); 3. Abschn. B/C)

immer wieder zu beobachtenden Verwechslungen 23) zwischen Widerrechtlichkeit, Verschulden, und auch Schaden, (nicht nur) in der Gerichtspraxis 24); und schliesslich die etwas missverständliche Terminologie im französischen Gesetzestext 25). Ein Vergleich mit der Lösung des französischen Rechts mündet für RICHARD in die Forderung, den Zusatz "d'une manière illicite" im Schweizerischen Recht fallenzulassen (wohl zugunsten des französischen "faute"-Begriffs, wie er oben kurz skizziert wurde). Zu beachten ist, dass RICHARD - so wie ich ihn verstanden habe - diese Forderung rechtspolitisch, also de lege ferenda aufstellt 26); folglich geht er davon aus, dass Art. 41 Abs. 1 OR, so wie er heute noch besteht, eine begriffliche Trennung von (objektiver) Widerrechtlichkeit und (subjektivem) Verschulden verlangt.

Diese Annahme ist sicher richtig; und das Schweizerische Recht hat seinerseits dafür ebenfalls gute Gründe auf seiner Seite 27).

b) Jean Darbellay 28)

DARBELLAY stimmt der im französischen Recht 29) vorgenommenen - gedanklich-abstrakten - Trennung des "faute"-Begriffs

23) Der französische Ausdruck "confusion" (Konfusion) scheint mir fast treffender

24) Vgl. auch Kap. 1, B VII

25) "Actes illicites" als Titel des II. Abschnitts OR ("unerlaubte Handlungen"), wobei widerrechtliches und schuldhaftes Verhalten gemeint ist (Kap. 2, C II 5)

26) Richard 318 (22). Eine ähnliche Idee hat offenbar schon W. Burckhardt in der Schweiz. Zeitschrift für Strafrecht 15, 259, vertreten (Oftinger I 135, N 38)

27) Unten B

28) "Théorie générale de l'illicéité", vgl. Literaturverzeichnis IXX

29) Oben I 2

in ein objektives und ein subjektives Element recht deutlich zu 30). Diese Haltung lässt sich jedoch nicht eigentlich von den (deutschen) Theorien der "Imperative" (HOLD VON FERNEK 31)) oder der subjektiven Unrechtselemente (MEZGER 32)) herleiten, weil diese die erwähnte Trennung überhaupt nicht zulassen 33). Rein "gedanklich-abstrakt" ist sie für DARBELLAY, weil weder Widerrechtlichkeit ohne Verschulden, noch das Umgekehrte in der Praxis denkbar sei 34). Das geht sogar soweit, dass ein leichteres Verschulden auch eine Verringerung der Widerrechtlichkeit implizieren soll 35). Folgerichtig kann nach DARBELLAY ein Urteilsunfähiger nicht widerrechtlich handeln, denn er ist ja auch verschuldensunfähig. Die (objektive) Widerrechtlichkeit nennt DARBELLAY deshalb "hypothetisch" 36). Erst wenn die hypothetische Widerrechtlichkeit als vorwerfbar eingestuft werden kann, liegt eigentliche, vorbehaltlose 37) Widerrechtlichkeit vor. Damit stimmt DARBELLAYS Begriff der ("vorbehaltlosen") Widerrechtlichkeit ziemlich genau mit dem Begriff "faute" des französischen Rechts 38) überein 39).

30) Z.B. in N 20 f (bes. S. 47: "remarques pertinentes"); ebenso N 81 (S. 182) und N 82 (S. 183)

31) Vgl. Darbellay N 56

32) Vgl. Darbellay N 57, bes. S. 130 f

33) Dazu auch in eben diesem Sinn Känzig 70 f, bes. bei N 1

34) Darbellay N 20 f (oben Anm. 8) sowie bes. N 81 (S. 182)

35) Darbellay 182, bei FN 1 und 184, FN 1

36) Darbellay, N 82 (S. 183 f)

37) ...comportement "inconditionnellement" illicite...(a.a.O. Anm. 36)

38) Oben I 2

39) Vgl. auch den ersten Satz, S. 184 (Darbellay): "Tel est l'aspect objectif de la faute au sens de la doctrine française (voir Nos. 3, 20 à 22); tel est le contenu de l'illicéité objective ou hypothétique."

Kritik

DARBELLAY vermeidet mit seiner Theorie zwar begriffsjuristische und fruchtlose Scheinbegründungen zu einer begrifflichen Abgrenzung zwischen Widerrechtlichkeit und Verschulden, wie man sie ab und zu in der bundesgerichtlichen Praxis antrifft 40). Trotzdem fragt es sich, ob seine - etwas pointiert ausgedrückt - philosophischen 41) Höhenflüge für die Praxis von grossem Nutzen sind. Sie erfordern zu intensive intellektuell-tiefgründige Auseinandersetzungen mit abstrakten Problemen weitab eines zu beurteilenden Falles. Ich empfehle eher möglichst klare und leichtfassliche Konzepte, zu deren Entwicklung ich im folgenden hoffe einen Beitrag leisten zu können.

2. Vertreter von "Imperativtheorien"

a) Bruno von Büren 42)

Die Darstellung seiner Auffassung als "Grundsätzliches zur Verschuldenshaftung" 43) lässt eine gewisse Verwandtschaft mit den bereits erwähnten 44) Theorien aus Deutschland über die "subjektiven Unrechtselemente" 45) und die Imperative der Rechtsordnung 46) erkennen. Für vBUEREN ist Wi-

40) Darbellay (S. 48) weist selbst auf BGE 47 II 179, JdT 1921 582 und JdT 1936 50 hin, wo das BGer allerdings das Problem erkannte, davor resignierte und erklärte, "la question de la faute et du caractère illicite se confondent plus ou moins"; Näheres und weitere Beispiele unten 3. Abschn. B, C, D je II

41) Vgl. z.B. S. 183 FN 2

42) vBüren, Schweizerisches Obligationenrecht, vgl. Literaturverzeichnis IXX

43) vBüren 256 ff

44) Vgl. Anm. 31 f

45) Insbesondere Mezger; Erläuterungen und Hinweise dazu finden sich etwa bei Känzig 58 f und Darbellay N 57

46) Namentlich Hold von Fernek, dazu ebenfalls Känzig 70 f mit weiteren Hinweisen in N 1; Darbellay N 56; Horn 5 f, allg. 50 ff; Otfinger I 135 N 38

derrehtlichkeit (oder "Rechtswidrigkeit") und Verschulden ein und dasselbe, nämlich eine von zwei möglichen Formen rechtlicher Verantwortlichkeit für angerichteten Schaden. Es ist deshalb gleichgültig, mit welchem der beiden Ausdrücke 47) dieser in sich einheitliche Begriff bezeichnet wird 48). Die Kausalhaftungen 49), als zweite der erwähnten Formen der Verantwortlichkeit, sind in sich anders strukturiert; sie beruhen auf "Schädigungspotentialen" bzw. auf Gefährlichkeit von unterschiedlicher Erheblichkeit und sind dementsprechend mehr oder weniger streng 50) gestaltet. Das oben genannte Element der "Rechtswidrigkeit" (oder, dasselbe bezeichnend, "Verschulden") geht der zweiten Verantwortlichkeitsform nach dieser Konzeption offenbar ab. Folgt sie einer rein objektiven Zurechnung, nur begrenzt durch das Kriterium der Adäquanz?

Ich zweifle, ob man auf diesem Weg zu wirklich überzeugenden Lösungen kommt 51). Richtig ist an vBUERENS Theorie zwei-

47) Rechtswidrigkeit oder Verschulden

48) Vgl. Kap. 2, C I 2 d bb, (bei) Anm. 39: die Definition des Verschuldens als "rechtliche Tadelnswürdigkeit" oder "rechtlich missbilligtes Verhalten" ergibt bereits Vorwerfbarkeit ("Unrecht", Kap. 1, B V), also Verantwortlichkeit (oder "Zurechenbarkeit"), da es das Kriterium der Widerrechtlichkeit mit einschliesst

49) Vgl. dazu vBüren 238 ff, bes. 241 ff

50) Womit die subjektiven Möglichkeiten des Schädigers, der Haftung zu entgegen (Entlastungsgründe), angesprochen sind. Vgl. Kap. 1, B II 3 c bb

51) Was sich nach meiner Auffassung vor allem als Mangel bemerkbar macht, ist das Fehlen einer spezifischen Anknüpfungsmöglichkeit an die Kausalkette über ein subjektives Merkmal (Kap. 2, C I, bes. 1 m.w.H.). M.E. zeigt es sich hier nochmals, dass das in dieser Arbeit gewählte Vorgehen der Struktur des zivilrechtlichen Delikts, bzw. dem natürlichen Aufbau beider schadenersatzrechtlicher Haftungsformen (mit Einschluss des Kausalhaftungsrechts) entspricht, indem die sich stellenden Fragen in folgender Reihenfolge geprüft werden: 1. a) schuldhaftes Verhalten? b) Zustand von qualifizierter Schädigungstendenz? 2. Widerrechtlichkeit? in der ersten Frage

fellos, dass "Vorwerfbarkeit" beide Kriterien, Verschulden und Rechtswidrigkeit einschliesst, so dass eo ipso "Unrecht" vorliegt und der Schaden als zurechenbar erscheint 52). Es fragt sich nur, ob sich die beiden Elemente nicht doch auf befriedigende Weise voneinander trennen lassen.

VBUEREN belegt verschiedene Aspekte seiner Theorie anhand von einfachen Beispielen, auf welche teilweise im zweiten Teil B dieses Abschnitts noch einzugehen sein wird.

b) Marcus Desax 53)

DESAX unterscheidet zwischen unerlaubten (i.w.S.) und widerrechtlichen Eingriffen 54). Er fasst die Verhaltensnormen ebenfalls als Imperative, als von der Rechtsordnung "an die Rechtsgenossen gerichtete Befehle" 55) auf. In drei verschiedenen Fällen, auf welche noch zurückzukommen sein wird 56), ist somit auch für ihn der Schluss unabweisbar, dass infolge Mangels an Verschulden 57) auch die Widerrechtlichkeit

liegt ein subjektives Anknüpfungskriterium des Wertungsvorganges an die vorangehend getroffenen Feststellungen, worauf anhand der zweiten Frage eine objektive Bewertung vorgenommen werden soll. Diesem Erfordernis kann die vom Verständnis als "Verstoss gegen Imperative" her bedingte Einnahme einer (subjektiven) Täterperspektive nicht genügen, vgl. dazu auch unten B

52) Vgl. oben Anm. 48 und dortige Verweise

53) Marcus Desax: "Haftung für erlaubte Eingriffe", vgl. Literaturverzeichnis

54) Zum Eingriffsbegriff Desax' vgl. Kap. 2, C I 2 b

55) So Känzig 70; entsprechend Desax 18 (oben)

56) Unten B II ff

57) Die entstehende Begriffsverwirrung ist symptomatisch: hier verwende ich meinen Verschuldensbegriff (Voraussehbarkeit und Vermeidbarkeit, Kap. 2, C I 2 e, bes. bb), während Desax seinerseits in den fraglichen drei Fällen auf der Ebene der Widerrechtlichkeit argumentiert und nicht widerrechtliches, aber auch nicht rechtkonformes Verhalten annimmt; den Verschuldensbegriff dagegen fasst er mit eindeutig normativem Einschlag auf (a.a.O., Anm. 58)

("Unerlaubtheit i.e.S.") entfällt, nämlich im Fall einer Schädigung durch Urteilsunfähige, durch schuldlose Kausalhaftpflichtige und bei sozialadäquaten Schädigungen 58); DESAX scheint hier deutlich von den Gedanken vBUERENS beeinflusst zu sein, auf den er sich im übrigen auch ausdrücklich beruft. Die entstandenen Schädigungen werden aber auch in den angeführten drei Fällen von der Rechtsordnung nicht einfach - gewissermassen mit einem Achselzucken - hingenommen, sondern "missbilligt". Somit spricht DESAX hier von "unerlaubten Eingriffen im weiteren Sinn".

Kritik

Die Differenzierung zwischen "Widerrechtlichkeit" und "rechtlicher Missbilligung" wirkt etwas spitz und will nicht so recht überzeugen. Wenn gewisse Auswirkungen "nicht widerrechtlichen" Verhaltens von der Rechtsordnung missbilligt werden, weil die Verletzung bestimmter Werte nicht einfach hingenommen werden kann und darf, so kann man geradeso gut den Standpunkt einnehmen, dass die Widerrechtlichkeit damit gegeben ist, indem diese nämlich bereits von der Missbilligung durch die Rechtsordnung her bedingt ist 59). Wo liegt dann noch die praktische Relevanz einer Abgrenzung zwischen Unerlaubtheit im engeren und im weiteren Sinne?

Ein weiteres Problem ist die Vereinbarkeit des DESAX'schen Konzeptes mit seiner Definition des Eingriffsbegriffes 60) als Verhalten, das die Verletzung von "Rechten" 61), von "Rechtsgütern", von "rechtlich geschützten Interessenposi-

58) Desax 18 f, 22 f, vgl. auch 29 f

59) So auch Müller Albert 19; vgl. Horn 24 (bei N 4); Kap. 2, C II 3 und 4 m.w.H.

60) Verweis in Anm. 54

61) So ausdrücklich Desax 6, 10, 12 usw.

tionen" (oder wie immer man es nennen will) vom Begriff her einschliesst. Liegt nicht die Widerrechtlichkeit schon darin 62)?

62) Vgl. dazu Kap. 2, C II 4. Nach meinem Dafürhalten zeigen sich hier erneut die Vorteile der Bestrebungen zur Trennung von Sachverhaltsfeststellung und rechtlicher Wertung, wodurch die Vorstellungen klarer werden; vgl. auch Kap. 2, C I, bes. 1, C II 2 oder das., A, bes. II (Anm. 20 f)

B. Die Lösung im Schweizerischen Recht

Nach meinem Dafürhalten gilt im Schweizerischen Recht von Gesetzes wegen eine andere Konzeption, die sich nicht nur im Wortlaut von Art. 41 OR widerspiegelt, sondern auch auf andere Weise ihren Ausdruck findet. Im folgenden soll dargelegt werden, worin genau sich dieser gesetzgeberische Entscheid äussert, welche Vorteile und Gründe der Zweckmässigkeit dafür sprechen und dass auch Literatur und Judikatur diesen Standpunkt mit Recht überwiegend unterstützen.

I. Die begriffliche Trennung von Widerrechtlichkeit und Verschulden

Ob man davon ausgehen will, die Rechtsordnung bestehe aus Imperativen, welche an die Rechtssubjekte gerichtet sind oder das Ganze als übergeordnetes ("objektives") Gefüge von Rechtsnormen, nämlich Verhaltensregeln bzw. Schutzbestimmungen 63) ansehen will, deren Geltung von subjektiven Gegebenheiten bei den Rechtsgenossen nicht berührt wird, ist im Grunde freie Anschauungssache und ändert vor allem an der praktischen Rechtswirklichkeit kaum etwas. Dogmatisch gesehen scheint es mir allerdings unausweichlich, dass die Imperativtheorien zu einer begrifflichen Verschmelzung von Widerrechtlichkeit und Verschulden führen 64).

Aufgrund meiner einleitend dargelegten Ueberlegungen 65) scheint mir daher eine begrifflich-funktionale Trennung der

63) Vgl. dazu unten, 2. Abschn. A III (Verhaltens- und Erfolgsunrecht)

64) Oben A II 2; die gl.M. drückt in konziser Form Oftinger I 135 (unten) ff aus. Eingehend und differenziert zum korrelativen Verhältnis von Verpflichtung und Berechtigung Horn 50 ff; hiezu bes. 57

65) Oben A

beiden Haftungsvoraussetzungen Widerrechtlichkeit und Verschulden nur auf dieser Ebene von objektiver bzw. subjektiver 66) 67) Betrachtungsweise überhaupt durchführbar. Der Begriff der Widerrechtlichkeit kann nur dann als selbständige Voraussetzung der Schadenersatzpflicht verwendet werden, wenn er gegenüber dem Verschulden zumindest deutlich objektiviert aufgefasst wird 68).

II. Begründung aus Grundsatzüberlegungen

Nach dem Gesagten ist widerrechtlich, was die Rechtsordnung missbilligt und dementsprechend nach Möglichkeit verhindern möchte. Konkreter Ausdruck davon ist die rechtliche Ermächtigung, sich dagegen zur Wehr zu setzen, und zwar unabhängig von einem Verschulden beim Angreifer 69). Gerade schweizerisches Rechtsempfinden ist geprägt vom Gedanken, dass Recht vor Rechtswidrigem nicht zu weichen braucht 70); es besteht auch ein Unterlassungsanspruch dagegen 71). Erlaubt ist demgegenüber, was wiederholt werden darf bzw. dürfte 72).

- 66) Damit sind noch nicht die verschiedenen Widerrechtlichkeitstheorien angesprochen; es handelt sich vielmehr um eine gedankliche Vorstufe (Oftinger I 135 N 41). Zu den erwähnten Theorien unten, 2. Abschn. A; eine prägnante Uebersicht gibt Stark, Grundeigentümerhaftung 144 ff
- 67) Um anzudeuten, dass es sich nicht um feste Bezugsgrößen, sondern eher um Tendenzen handelt, empfiehlt es sich, im Sinne der Bemerkungen unter Kap. 1, B VII von "objektiviert" bzw. "subjektiviert" zu sprechen; vgl. unten 3. Abschn., bes. A III
- 68) Unten 3. Abschn. A III
- 69) Oftinger I 136 f. Widerrechtlichkeit eines Angriffs ist Voraussetzung des Notwehrrechts: Känzig 191; Baader 177; GMK 174; Keller/Landmann T. 47; Stark RZ 297; vTuhr 420; Becker N 2 zu OR 52 usw.
- 70) Schultz, 3. Aufl. 145; Müller Albert 19 ff; Desax (entsprechend seiner Terminologie) 31 ff
- 71) Jäggi, Persönlichkeitsschutz, bes. 178 a ff (Zif. 28) und 194 a f, ferner 209 a ff (Zif. 43 ff) sowie ders. Fall Seelig 354. Vgl. auch Horn 111 ff; Yung 108; vTuhr I 442
- 72) In dieser prägnanten Formel Keller 69; vgl. Horn 107

Diese Grundhaltung führt unausweichlich zur Konsequenz, dass beispielsweise dem Fussgänger im Notfall theoretisch ein Abwehrrecht auch gegenüber einem sich verkehrsrichtig verhaltenden Automobilisten zukommt, wenn dessen Bedrohung nicht anders abwendbar ist. Es wäre nämlich kaum einzusehen, weshalb die allgemeinen Risiken des Strassenverkehrs nicht nur tatsächlich, sondern gar noch von Rechts wegen in erster Linie den in dieser Beziehung harmlosen Fussgänger treffen sollten. Der Rechtfertigungsgrund des "verkehrsrichtigen Verhaltens" 73) führt nämlich in folgerichtiger Konsequenz zu einem "Recht zum Ueberfahren" 74). Darin liegt eine ebenso unsinnige Umkrepelung der Werte, wie etwa im "Freiheitsrecht des Rauchens" oder im "Grundrecht auf Fortbewegung im Auto" 75), die in einigen zeitgenössischen Wirrköpfen umher-spuken. Solchem Unfug ist energisch entgegenzutreten. Es kann nicht angehen, dass verkehrsrechtlich einwandfreies Verhalten einem Automobilisten geradezu das Recht geben soll, ein ihm in die Quere kommendes Kind umzufahren und zu töten, um das Beispiel KELLERS 76) noch etwas weiterzuspinnen. Ent-

- 73) Horn 53 f mit zahlreichen Hinweisen auf die deutsche Rechtsprechung und Lehre in N 21; Larenz 608 f m.w.H., der zu Recht auf dadurch entstehende Annäherung zwischen Widerrechtlichkeit und objektiver Fahrlässigkeit hinweist; viel eher wäre m.E. hier von Untrennbarkeit zu sprechen. Vgl. dazu auch Desax 22 ff ("Sozialadäquanz") m.w.H.; ebenso Oftinger I 136 N 42, und ders., SJZ 56 (1960) 93
- 74) Horn 54; treffend ders. 102: "...die Rechtswidrigkeit beginnt aber spätestens in dem Augenblick, in dem der Kotflügel eines Kraftwagens den Körper eines anderen Menschen berührt."
- 75) In (zu) euphemistischer Formulierung ist "offiziell" vom "Grundrecht auf freie Wahl des Verkehrsmittels" die Rede
- 76) Keller 69. Eindeutig auch Stark RZ 262; Lehmann 189 spricht von der "Figur der erlaubten Tötung durch verkehrsrichtiges Verhalten", die er - ebenfalls aus grundsätzlichen Erwägungen - ablehnt. Anders Giger 383, aber gestützt auf eine Argumentation, die ich weder zwingend noch überzeugend finde (vgl. etwa Kap. 2, B I 3 a, bei Anm. 35 ff); BGE 64 II 260; 86 II 44

sprechendes gilt für die anderen Gefährdungshaftungen 77). Will eine Rechtsordnung Recht bleiben, so muss sie auch derartige Eingriffe zu verhindern suchen, indem sie von ihren Grundgedanken und Leitideen her dem Kausalhaftpflichtigen geradezu die Pflicht auferlegt, Leben nötigenfalls auch unter Verletzung von Verkehrs-Regeln zu erhalten 78). Sonst würde ja die Einhaltung etwa der Strassenverkehrsordnung - welche in ihren Grundgedanken auch nichts anderes bezweckt, als Schutz und Erhaltung von Leben - als ethischer (und rechtlicher) Wert über den Schutz menschlichen Lebens gestellt, ein an Zynismus wohl kaum mehr zu überbietender Unsinn.

Genau gleich wird man sich gegen Angriffe Urteilsunfähiger oder von Tieren gegen geschützte Rechtsgüter 79) als Angegriffener zur Wehr setzen dürfen 80). Auch hier ergibt sich die Notwendigkeit Widerrechtlichkeit und Verschulden begrifflich auseinanderzuhalten. Der von DESAX erwähnte, korrekt fahrende Radfahrer, welcher ein Kind überfährt 81), haftet

- 77) Vgl. Widmer in ZBJV 121 (1985) 66. Nicht vergessen werden darf, dass es um Zustandshaftung geht, bzw. um unerwünschte, missbilligte, also widerrechtliche Auswirkungen durchaus rechtmässiger Zustände, vgl. Kap. 1, B II 3 c bb, bes. Anm. 53; entsprechend auch Känzig 126 ff; Baader 87
- 78) Lehmann 190. Vgl. auch Müller Albert 19 f; sowie den letzten Satz des Zit. Walder, in Kap. 2, C I 2 e dd, Anm. 102. Anders Gautschi in SJZ 37 (1941) 373 ff mit einem rein legalistischen Widerrechtlichkeitsbegriff, der nicht überzeugt und den er auf S. 376 (unter "d") selbst ad absurdum führt: Wer nach den Umständen Schneeketten anbringen müsste, ohne dass es speziell vorgeschrieben wäre, hat sehr wohl widerrechtlich gehandelt, wenn jemand wegen dieser Unterlassung Sach- oder Personenschaden erleidet!
- 79) In casu am ehesten die Unverletzlichkeit des Körpers, physische Integrität
- 80) Stark RZ 299; weshalb die Einschränkung in RZ 301, welche m.E. mit RZ 263 nicht vereinbar ist?
- 81) Desax 18 (unten) f

nicht; aber nicht weil die Widerrechtlichkeit fehlen würde, sondern weil ihn kein Verschulden trifft.

III. Begründung aus dem Gesetz

Schon aus dem Wortlaut von Art. 41 Abs. 1 OR ergibt sich, dass der Gesetzgeber Widerrechtlichkeit und Verschulden als zwei voneinander getrennte Voraussetzungen der Schadenersatzpflicht aufstellen wollte. Dies deutet bereits darauf hin, dass dem Merkmal "Widerrechtlichkeit" selbständige Bedeutung zukommen soll 82). Ähnliche Formulierungen finden sich in Art. 28, 641 Abs. 2 und 679 ZGB 83), vgl. auch Art. 66 OR. Auch den Beratungen der Eidgenössischen Räte, wo es vor allem um Aufnahme oder Verzicht bezüglich Abs. 2 des heutigen Art. 41 OR ging, lag diese Auffassung mehr oder weniger stillschweigend, aber eindeutig zugrunde 84).

Ferner verwendet das Gesetz andernorts insbesondere den Begriff der Fahrlässigkeit auch in Fällen, wo kaum eine Widerrechtlichkeit in Frage kommt. So statuiert Art. 26 Abs. 1 OR eine Schadenersatzpflicht des Irrenden, wenn dessen Irrtum auf eigene Fahrlässigkeit zurückzuführen ist und aus dem Dahinfallen des Vertrages Schaden entsteht. Eine ähnliche Re-

82) Oftinger I 134 f mit zahlreichen Hinweisen in N 38; Müller Albert 21; Yung 106 (f); Deschenaux/Tercier § 6 RZ 5; Maurer 20

83) Oftinger I 137 mit weiteren Hinweisen auf das Recht des unlauteren Wettbewerbs und das Patentrecht; ferner vTuhr I 440 ff: es zeigt sich nochmals, dass das Schweizerische Recht unabhängig vom Verschulden einen Unterlassungs- bzw. Beseitigungsanspruch zur Abwehr von Rechtswidrigem gewährt, vlg. oben Anm. 69 ff. Oftinger verweist ferner in N 44 auf BBl. 1942, 687, 695 und 696 sowie auf BGE 91 II 406. Vgl. auch ZGB 93 I, 142, 150 ff etc. sowie OR 368 (Verschulden und Vertragswidrigkeit, entsprechend OR 208; vgl. Kap. 1, B III 3, bes. d)

84) Vgl. StenBull Nationalrat 1909, 493; 1910, 328 ff. Ständerat 1910, 165

gelung findet sich in Art. 200 Abs. 2 OR, auch wenn in dieser Bestimmung die Fahrlässigkeit nicht ausdrücklich erwähnt ist. Art. 207 Abs. 3 (Wandelung) bestimmt:

"Ist die Sache durch Verschulden des Käufers untergegangen (...), so kann er nur Ersatz des Minderwertes verlangen."

Auch hier erscheint das Verschuldensmerkmal unabhängig von einer Widerrechtlichkeit, gehörte die Sache doch bereits dem Käufer, der damit machen konnte, was ihm beliebte. Die Liste liesse sich noch verlängern 85). Sie zeigt, dass das Gesetz ebenfalls eher dem von mir befürworteten psychologischen Verschuldensbegriff zuneigt, der im Gegensatz zum normativen eine begriffliche und gedankliche Trennung zwischen Widerrechtlichkeit und Verschulden erleichtert 86).

Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass das Gesetz den Richter bei der Schadenersatzbemessung u.a. auf den Grad des Verschuldens abstellen lässt 87), was nur dann sinnvoll sein kann, wenn letzteres abstufbar ist, was im Gegensatz zur Widerrechtlichkeit ja zutrifft 88). Auch diese Betrachtung spricht dafür, dass der Gesetzgeber Widerrechtlichkeit und Verschulden als je selbständige Begriffe fassen wollte.

85) Ich denke zB. an ZGB 92, wobei ich in Nuancierung der Ausführungen von Desax 58 (ff) zusätzlich die Möglichkeit von schuldhafter, aber nicht rechtswidriger Aufhebung des Verhältnisses annehmen möchte. Ferner meine ich, dass unter Umständen auch alle oder einige der vom Gesetz an Gutgläubigkeit (ZGB 3) geknüpften Rechtsfolgen unter diesem Blickwinkel betrachtet werden könnten. Vgl. zu alledem auch Zeuner 1 (ff)

86) Vgl. Kap. 2, C I 2, bes. d und e

87) OR 43 I, vgl. 44 II, 49 I etc.

88) Unten 3. Abschn. A II 1, 2

IV. Begründung aus Zweckmässigkeitsüberlegungen

1. Verschulden ohne Widerrechtlichkeit

Genau wie das Gesetz, so verwendet auch der allgemeine Sprachgebrauch nicht selten einen mehr psychologischen Schuldbegriff. Wenn etwa der Reisende vor der Zugsabfahrt keine Zeit mehr hat, um sich eine Fahrkarte zu besorgen, so muss er im Zug einen Zuschlag bezahlen mit der Begründung, dass er an dieser Mehrbeanspruchung des Personals selber "schuld" sei. Oder wenn ein ungesichertes Fahrrad gestohlen wird, so verweigert die Diebstahlversicherung eine Entschädigung, weil den Geschädigten ein genügend schweres Selbst-"verschulden" trifft. Widerrechtlichkeit liegt in diesen Fällen nicht vor 89).

Typisch scheint mir auch etwa die folgende Aussage in der Dissertation MUELLERS 90):

"Freie Konkurrenz setzt geradezu voraus, dass Schädigungen erlaubt sind, selbst dann, wenn sie mit voller Absicht, also schuldhaft, zugefügt werden."

Hier bricht wieder der psychologische Verschuldensbegriff hervor, der sich kaum mit MUELLERS eigener - normativer - Definition des Verschuldens vereinbaren lässt 91). Der Aussage selbst ist jedoch aus meiner Sicht zuzustimmen.

89) Ich muss allerdings zugeben, dass man hier mit einem gewissen Recht einwenden könnte, es liege Vertragswidrigkeit vor (statt Widerrechtlichkeit; vgl. Kap. 1, B III 2)...; vgl. aber auch die weiteren Beispiele in Kap. 2, C III, Anm. 207

90) Müller Albert 5

91) Müller Albert 21 f

Wer vorsätzlich oder fahrlässig eine Verkehrsregel verletzt, handelt dann nicht widerrechtlich im haftpflichtrechtlichen Sinn, wenn daraus gar kein Schaden entsteht, denn schadenersatzrechtlich gesehen liegt damit lediglich eine Gefährdung vor 92). Wer bei einer Bergtour in pflichtwidriger Art und Weise Steine ins Rollen bringt und damit unter ihm gehende Alpinisten in Gefahr bringt, handelt zweifellos "fahrlässig", aber solange nicht widerrechtlich, als diese dem Steinschlag entgehen.

Dieser oder ein entsprechender Gedanke ist es, welcher KAENZIG dazu geführt hat, die Widerrechtlichkeit als Verletzung von Verhaltensnormen mit Schädigungstatbestand zu definieren 93); auf diese Weise gelingt es ihm, ein überzeugendes und dogmatisch sauber begründetes Kriterium zur Abgrenzung von Widerrechtlichkeit und Verschulden zu entwickeln 94).

2. Widerrechtlichkeit ohne Verschulden

Jeder Durchschnittsbürger wird den Tod eines Menschen, natürlich kausal verursacht durch menschliches Verhalten oder durch das Betriebsrisiko einer gefährlichen Einrichtung als Verletzung von rechtlich schutzwürdigen Werten betrachten, auch wenn keinerlei Verschulden vorliegt. Es liegt ein sowohl moralischer, als auch rechtlicher Unwert vor, der allein im objektiv betrachteten Vorfall als solchem liegt. Dass der "Durchschnittsbürger" einen solchen Vorgang als verpönt empfindet, entspricht den weiter oben dargelegten

92) Kap. 1, A III 2 b, bei Anm. 98 f; Kap. 2, B I 5 a

93) Vgl. Anm. 87 m.w.H. in Kap. 2, B I 5 a. Oftinger I 128 nimmt denselben Gedanken auf, wenn er die Widerrechtlichkeit auf Normen beschränkt, anhand derer die Rechtsordnung auf Schädigungen reagieren will

94) Dazu eingehend unten 3. Abschn., bes. B und C

"Grundsatzüberlegungen" 95).

So charakterisieren sich die von DESAX übersichtlich dargestellten drei "Sonderfälle" dadurch, dass wohl Widerrechtlichkeit, aber kein Verschulden vorliegt 96). Ich habe selbst schon darauf hingewiesen, dass verschiedene Kausalhaftungen zwar Widerrechtlichkeit, nicht jedoch Verschulden voraussetzen 97).

3. Fazit

Ich möchte fast sagen, dass sich der psychologische Verschuldensbegriff eigentlich eingebürgert hat. Er beruht auf einer theoretischen, aber auch konkreten Unterscheidung zwischen Widerrechtlichkeit und Verschulden, auf welcher auch das Gesetz aufbaut; währenddem der normativ verstandene Schuldbe-
griff die Annäherung, vielleicht sogar Verschmelzung der beiden Merkmale fördert. Diese Haltung drückt sich im allgemeinen Sprachgebrauch, wie auch im Durchschnittsempfinden aus. Von der Rechtsordnung her gesehen erscheint es empfehlenswert, sich diese Momente auf sinnvolle und zweckmässige Weise zunutze zu machen und nicht ohne schwerwiegende Gründe Gegensteuer zu geben.

V. Zur Lehre und Rechtsprechung

Abgesehen von den oben genannten "Aussenseitern" 98) wird die Widerrechtlichkeit in der Schweizerischen Doktrin mehr oder weniger konsequent als objektive Normwidrigkeit und da-

95) Oben II

96) Desax 18 und 20 ff ("Unerlaubtheit i.w.S."), vgl. dazu auch oben A II 2 b)

97) Kap. 1, B VI 2 sowie dortige Anm. 246 m.w.H. (...dafür ein anderes subjektives Anknüpfungsmerkmal, Kap. 2, C I 3)

98) Oben A II

mit als selbständige Voraussetzung der Schadenersatzpflicht aufgefasst 99).

Dem Grundsatz als solchem huldigt auch das Bundesgericht 100); allein die konkreten Anwendungsfälle entsprechen nicht immer diesem Bekenntnis 101).

VI. Schlussfolgerung

Nachdem ich im ersten Teil (A) dieses Abschnitts bereits Einwände gegen die "Aussenseiter" der Schweizerischen Doktrin erhoben hatte und im zweiten Teil (B) zum klaren Schluss gekommen bin, dass im Schweizerischen Recht mit m.E. guten Gründen ein objektiver und selbständiger Widerrechtlichkeitsbegriff gilt, mache ich diese Auffassung zur Grundlage aller weiteren Betrachtungen.

- 99) Oftinger I 136 (bei N 43) sowie 137; Känzig 73 mit Belegen in N 2, Komm. Becker N 36, 38, 59 zu OR 41; eingehend auch Stark, Grundeigentümerhaftung 160 ff; vWattenwyl, ZSR 48 (1929) 428; Homberger 27a; Baader 73 (unten) f; Keller/Landmann T. 44. So auch schon Rensing § 3 a.A.; Hafer 93 (§ 18 I a.A.); vgl. auch W. Burckhardt, Einführung, 52
- 100) Vgl. Oftinger I 136, N 43: BGE 47 II 97; 56 II 379; 61 II 378 f; der Sache nach 91 II 406; ZBJV 78, 86. In der Sache ebenso BGE 95 II 106 und Pra 71, 300 f (E. 3) (= BGE 108, 1982, II 62)
- 101) Dazu unten 3. Abschn., bes. B II, C II und D. Vgl. Oftinger I 137, N 46

2. Abschnitt

Verhaltensnormen und Rechtsgüter

A. Kurzübersicht über die wichtigsten Widerrechtlichkeits-theorien

I. Allgemeines

Es herrscht ein ziemlicher Wirrwarr. Das Verhältnis der verschiedenen Theorien zueinander kennzeichnet sich durch mannigfache Ueberlagerungen; neben einer beträchtlichen terminologischen Vielfalt 1) sind von einem Vertreter zum andern auch zum Teil wesentliche inhaltliche Besonderheiten zu beachten, welche sich vielfach nicht aus unterschiedlicher Bezeichnung ableiten lassen. Da erscheinen in bunten Variationen die Gegenstücke materielle und formelle Rechtswidrigkeit 2); relative und absolute, positive und negative, objektive und subjektive Theorie; Widerrechtlichkeit als Erfolgs- oder Verhaltensunrecht bzw. als Rechtsgutsverletzung oder Normwidrigkeit, und weitere mehr.

Je nachdem wo ein Autor die schwergewichtigen Aspekte einer Theorie sieht, wird er als theoretische Grundlage dieses oder jenes Gerichtsentscheides die eine oder andere Theorie erkennen. Persönlich habe ich zum Beispiel den Eindruck, Erfolgs-

- 1) Unten nach Anm. 2; vgl. dazu statt vieler etwa Känzig 41 ff; Baader 71 ff; Stark RZ 254 ff; übersichtlich auch ders., Grundeigentümerhaftung 143 ff m.w.H.
- 2) Die sog. materielle Rechtswidrigkeit fällt von vornherein ausser Betracht (Kap. 2, C II 4, Anm. 157 a.E.); wir befassen uns hier mit einer geltenden Rechtsordnung. Was hingegen "seiner allgemeinen Tendenz nach der Gesellschaft mehr schadet als nützt", "gegen das allgemeine Wohl gerichtet ist" (oder wie immer die einschlägigen Formulierungen lauten mögen), soll bei uns in erster Linie eben die Rechtsordnung, also eigentlich der Gesetzgeber festlegen. Vgl. dazu auch Känzig 208 ff; Hafter 93 f; vWattenwyl 414 ff

unrechtslehre und subjektive Widerrechtlichkeitstheorie würden recht gut zusammenpassen, während eine Verhaltensunrechtslehre sich eher an die objektive Theorie anlehnen müsste. Im Grunde genommen handelt es sich dabei jedoch um Spiegelfechterei 3), weil die wirklichen Probleme auf einer anderen Ebene liegen: es geht um die Frage des rechtlichen Schutzes von Privatvermögen; die eine oder andere Theorie verlagert lediglich den (formalen) Schwerpunkt dieser Frage. So wird die subjektive Theorie den Kreis der Rechtfertigungsgründe aufblähen; die objektive wird Zuflucht zu weiteren, ungeschriebenen Verbotsnormen nehmen müssen 4); Normwidrigkeit und Rechtsgutverletzung schliesslich sind nichts anderes als voneinander abhängige Korrelate 5).

II. Subjektive und objektive Widerrechtlichkeitstheorie 6)

1. Lehre

a) Subjektive Widerrechtlichkeitstheorie 7)

In der Schweiz scheint die französische Fassung von Art. 50 a OR den Anknüpfungspunkt für diese Theorie gebildet zu haben; statt der heutigen Wendung "d'une manière illicite" verwendete er den Ausdruck "sans droit" 8). Nach der subjek-

3) Unten II 1 c sowie B

4) Oben 1. Abschn. A, Anm. 22: wie etwa der "Gefahrensatz", vgl. dazu unten III 2; 3. Abschn., bes. B und C

5) Unten B, bes. I 2 a. Es handelt sich um eine Variante des selbstverständlichen Satzes, dass jeder Berechtigung begrifflich zwingend eine Verpflichtung gegenüberstehen muss, vgl. dazu eingehend Horn 50 ff (1. Abschn. Anm. 64 a.E.; Kap. 2, C, Anm. 173)

6) Das Verhältnis der verschiedenen Theorien zueinander kennzeichnet sich durch mannigfache Ueberlagerungen; neben der terminologischen Vielfalt sind von einem Vertreter zum andern auch zum Teil wesentliche inhaltliche Nuancen zu beachten, welche sich vielfach nicht aus unterschiedlicher Bezeichnung herleiten lassen. Den übersichtsartigen Hinweisen bei Stark, Grundeigentümerhaftung 143 f kann ich mich in dieser Beziehung im wesentlichen anschliessen. Im Sinne einer vorläufigen und etwas vereinfachten Orientierungshilfe könnte man vielleicht zusammen-

tiven Theorie wäre jede unberechtigte (unbefugte 9)) Schädigung widerrechtlich. Als wichtigste Vertreter werden im allgemeinen RENSING, W. und C. CHR. BURCKHARDT, GMUER, ERNST, PFISTER und SIMONIUS genannt 10). In neuerer Zeit nahm Armin E. BAADER in einer Basler Dissertation befürwortend zur subjektiven Theorie Stellung 11).

Im allgemeinen herrscht heute die Auffassung, dass diese Theorie als überwunden zu betrachten ist 12).

b) Objektive Widerrechtlichkeitstheorie

Die Mehrheit der - heute überhaupt noch Stellung beziehenden - Autoren hält sich an die nach dem Wortlaut von Art. 41 Abs. 1 OR näherliegende Lesart, wonach nicht die Schadenszufügung an sich, sondern eine solche nur in normativ umgrenzten, also von der Rechtsordnung zu bestimmenden Fällen

fassend festzuhalten, dass die Lehre vom Verhaltensunrecht sich zwangsläufig eher an die objektive Widerrechtlichkeitstheorie anlehnen wird, während die Erfolgsunrechtlehre sich mehr an der subjektiven Theorie orientiert. Vgl. zu alledem auch Merz 324 und dortige Anmerkungen

- 7) Ausführliche und gut dokumentierte Darstellungen bei Känzig 41 ff; Darbellay N 24 ff und Baader 89 ff (§ 5)
- 8) Deschenaux/Tercier § 6 RZ 11; Känzig 41; Desax 13; Schuhmacher 38 verweist in diesem Zusammenhang auch auf ZGB 28 I, dessen Ausdruck "unbefugterweise" diese Lesart nahelege (im revidierten Text heisst es nun ebenfalls "widerrechtlich"); vgl. auch Schuhmachers Hinweis (a.a. O. N 6) auf StenBull Nationalrat 1905 465, wonach man schon damals versucht habe, diesen Terminus durch "widerrechtlicherweise" zu ersetzen
- 9) Damit ist das Fehlen von Rechtfertigungsgründen gemeint
- 10) Rensing 9 f und 13; W. Burckhardt (ZStrR) 233 ff; C. Chr. Burckhardt (ZSR) 514 ff; Gmür M. 619 ff; Ernst August, Die Bedeutung des Merkmals "widerrechtlich" in Art. 50 (a) OR, Diss. Leipzig 1910 (Aarau 1910); Pfister 45; Simonius 316 f
- 11) Baader, bes. 141 ff und 228
- 12) Otfinger I 129, N 4 mit zahlreichen weiteren Hinweisen

als widerrechtlich zu gelten habe 13). Widerrechtlich ist somit jeder Verstoss gegen eine Rechtsregel, wodurch rechtlich geschützte Interessen verletzt werden 14).

Gegenüber den vorrangigen Verpflichtungsgedanken bei der subjektiven Theorie ist damit eine Betonung der Berechtigung 15) im Sinne einer gewissen Freiheitsvermutung verbunden, welche durchaus traditionellen Grundgedanken der schweizerischen Privatrechtsordnung entsprechen mag, wie WOLF mit Nachdruck hervorhebt 16).

- 13) Kommentar Oser/Schönenberger (1929), N 8 ff zu OR 41; Kommentar Becker (1941), N 36 ff zu OR 41; Oftinger I, 2. A. (1958) 110 f, gleich wie 4. A. (1975) 128 f; Keller, 1. und 2. A. (1970 und 1978) 63 f resp. 68 f; Deschenaux/Tercier 1. A. (1975) 70 f = 2. A. (1982) § 6 RZ 7 ff; vTuhr I 1. A. (1924) 326, 2. A. (1942) 349 und 3. A. (1979) 408 f ebenfalls ohne nennenswerte Verschiedenheit in der grundsätzlichen Begriffsbestimmung; bei GMK 4. A. (1948) 139, 6. A. (1972) 174 und 7. A. (1980) 164 f gilt dasselbe, wobei der Text der 6. und 7. A. offensichtlich von Merz verfasst ist und weitgehend mit Merz 306 (unten) f übereinstimmt, vgl. auch ders., 308 (oben). vBüren (1964) 257 ff definiert die "Rechtswidrigkeit" vom Interessenschutz her und gelangt i.w. zu ähnlichen Resultaten (zu Differenzen vgl. oben 1. Abschn. A II 2 a). vWattenwyl (1929) 415 und 428; ders., Haftung (1926) 11 ff; Wolf (1932) 83 f; Darbellay (1955) 15. Känzigs (1939) "Normentheorie" (64 ff) lässt sich als Präzisierung der objektiven Theorie verstehen (bes. S. 97 f, 99 und 107 f), vgl. Oftinger I 129 N 4 und Baader 79 f, 82. Vgl. auch Pfister (1925), bes. 83 ff (ev. auch 68, 73, 77 ff; 90 ff mit Hinweisen auf die (damalige) Praxis des BGer; Känzig (1939) 49 ff; Baader (1947) 75 ff
- 14) Känzig 63; Darbellay 61; Deschenaux/Tercier § 6 RZ 9; Schuhmacher 39
- 15) Vgl. die weiteren Hinweise in Anm. 64, oben 1. Abschn.
- 16) Wolf 81 ff, bes. 84 oben. Insb. die Wettbewerbsfreiheit wird in unserem Wirtschaftssystem vermutet, vgl. Welser 14; Kap. 1, A II 3, Anm. 81 m.w.H.; unten c. Kap. 2, C II 6

c) Neuere Tendenzen zur Abschwächung der Kontroverse

Vereinzelt bereits seit längerer Zeit und heute wohl überwiegend wird die praktische Bedeutung der Kontroverse als gering eingestuft 17). Die heute herrschende Meinung darf sicherlich dahingehend zusammengefasst werden, dass die Verschiedenheit der beiden Theorien sich auf eine unterschiedliche Setzung von Akzenten beschränkt. Man könnte es etwa so ausdrücken, dass die subjektive Theorie zur immer neuen Suche nach weiteren Rechtfertigungsgründen zwingt 18), die objektive aber ihrerseits zu einer solchen nach Verbotsnormen mit vermögensschützender Funktion. Das Problem ist insofern terminologischer Natur, als die wahren Grenzfälle einfach im einen Fall als Rechtfertigungsproblem, im andern unter dem Titel Widerrechtlichkeit geprüft würden. Immerhin gibt es in der subjektiven Theorie einen Gedanken, welcher sich mit einem marktwirtschaftlichen System der freien Wettbewerbsordnung 19) kaum so recht vertragen will, nämlich die Vorstellung, dass für Schädigungen, welche im Rahmen des loyalen und fairen Wirtschaftskampfes zugefügt werden 20), ein Rechtfertigungsgrund erforderlich sein soll 21).

- 17) Desax 12, mit zahlreichen wörtlichen Zitaten in N 2, worin er auf folgende Literaturstellen hinweist: Karl Specker, Die Persönlichkeitsrechte..., Diss. Zürich 1911, 16; vWattenwyl 416; Schuhmacher 40; Jäggi, Persönlichkeitsschutz 210a f; GMK (6. Aufl.) 174. Vgl. ferner auch Keller 68 f; vTuhr I 408 N 17; Kommentar Oser/Schönenberger N 8 zu OR 41; Homberger 23a; GMK 165 bemerken zutreffend, verschiedene Bundesgerichtsentscheide liessen sich besser aus der subjektiven als aus der (ausdrücklich und konstant angerufenen) objektiven Theorie erklären; vgl. auch die Bemerkungen und weiteren Hinweise im nachfolgenden Text
- 18) Vgl. vTuhr I 408 f, N 17; vWattenwyl, Haftung 20f; oben bei A.4
- 19) Kap. 1, A II 3 a.A.; vgl. Kap. 2, C II 1 a (Anm. 142); A. 16
- 20) ...was ja eine erlaubte bzw. rechtmässige Art und Weise der Vermögensschädigung darstellt; vgl. Kap. 2, C II 3, bei Anm. 175; das. 5 Anm. 199 sowie 6 a.A.
- 21) Demgegenüber nimmt Simonius (316 f, vgl. oben Anm. 10) in solchen Fällen ein Persönlichkeitsrecht auf freie (wirtschaftliche) Betätigung an, welches natürlich durch

Soweit es um die Widerrechtlichkeit im Fall einer Verletzung von absoluten Rechtsgütern geht, dürften die beiden Theorien im Ergebnis deckungsgleich werden, weil in diesen Fällen auch nach objektiver Theorie die Widerrechtlichkeit bei richtiger Betrachtungsweise per se gegeben ist 22) und nur durch das Vorliegen von besonderen Rechtfertigungsgründen wieder zunichte werden kann 23).

2. Rechtsprechung

Schon unter der Herrschaft des alten OR bekannte sich das Bundesgericht zur objektiven Theorie 24). Diese Haltung wurde auch später beibehalten 25) und in zahlreichen Entscheidungen bekräftigt 26). Wohl nicht von ungefähr 27) ergab sich für das Bundesgericht jedoch nie die Notwendigkeit, sich grundsätzlich mit den Theorien auseinanderzusetzen und so blieb es in dieser Beziehung bei einem mehr deklaratorischen Bekenntnis.

- jede ungünstige Vermögensverschiebung irgendwie betroffen wird; die Frage nach der Widerrechtlichkeit wird somit durch Abwägung der verschiedensten Persönlichkeitsrechte gegeneinander beantwortet, was wohl wieder etwa dieselben Probleme aufwerfen dürfte, wie unsere Methode
- 22) Dies folgt schon aus der im vorangehenden (1.) Abschnitt nachgewiesenen Objektivität des Widerrechtlichkeitsbegriffs, vgl. bes. die Zit. in Anm. 99; ebenso (weitaus mehrheitlich) die oben in Anm. 13 zit. Literaturstellen; vgl. Staehelin 464 f; ferner unten (3. und) 5. Abschn.
 - 23) Anders Merz 324 (f), dessen Auffassung von den beiden Widerrechtlichkeitstheorien jedoch in einem entscheidenden Punkt abweicht: in der Frage nach der Handlungsfreiheit als Regel und der Widerrechtlichkeit als Ausnahme, vgl. das. 325 N 1
 - 24) So etwa BGE 30 II 281 f; ferner BGE 25 II 624; 37 II 279 und 366
 - 25) Die (oben 1 a) erwähnte Unklarheit im französischen Text des aOR wurde wie bereits bemerkt anlässlich der Revision dadurch beseitigt, dass die Wendung "sans droit" durch "d'une manière illicite" ersetzt wurde; damit scheint sich auch der Gesetzgeber recht eindeutig für eine Uebernahme der objektiven Theorie ausgesprochen zu haben; vgl. dazu Botschaft des Bundesrates vom 3. März 1905; StenBull

III. Zur Lehre von Verhaltens- bzw. Erfolgsunrecht: Normwidrigkeit und Rechtsgüterverletzung

1. Problem und Ansatzpunkte

Verschiedene Literaturstellen schenken diesem Problem wohl mehr Beachtung, als es eigentlich verdient. Vielzitiert, auch in diesem Zusammenhang 28), ist der Entscheid "Bally" 29), an welchem sich auch die Problemstellung illustrieren lässt. Bekanntlich ging es darin um einen jugendlichen Skifahrer, der durch unvorsichtige Fahrweise einen anderen Pistenbenützer ziemlich schwer verletzte. Unter anderem war dabei die Frage zu erörtern, ob schon das gefährvolle Skifahren an sich oder erst die dadurch verursachte Körperverletzung eine Widerrechtlichkeit im Sinne von Art. 41 Abs. 1 OR darstelle 30). Das Bundesgericht erklärt die erwähnte Fahrweise des Schülers als "widerrechtliches Verhalten", indem es auf den Gefahrensatz abstellt, wonach gemäss allgemein anerkanntem Rechtssatz verpflichtet sei, die zur Vermeidung eines Schadens erforderlichen Vorsichtsmassnahmen zu

Nationalrat 1910 328 ff; Kommentar Becker N 38 zu OR 41; Kommentar Oser/Schönenberger N 9 zu OR 41; Richard 309 f

26) BGE 82 II 28 m.w.H.; 88 II 280 f; 91 II 405; 94 I 642 f usw.

27) Oben 1 c, bes. bei Anm. 17

28) Vgl. schon Kap. 1, B VII, Anm. 256; Deschenaux, norme 418, N 67 f m.w.H.; Staehelin 460 ff usw.

29) BGE 82 II 25 ff

30) Bezeichnend ist, dass das BGer (S. 28) der Vorinstanz vorhält, ihr Abstellen auf die rein objektive Tatsache einer Beeinträchtigung in der körperlichen Integrität bedeute eine Anwendung der - vom Bundesgericht abgelehnten - subjektiven Widerrechtlichkeitstheorie, was natürlich nicht richtig ist, vgl. oben II 1 c a.E. sowie hienach 2

treffen, wer einen Zustand schaffe, der andere schädigen könne 31).

Dagegen scheint es aufgrund der bisherigen Betrachtungen auf der Hand zu liegen, dass diese letztgenannte Ueberlegung den Bereich des Verschuldens beschlägt, indem sie inhaltlich eigentlich von Voraussehbarkeit und Vermeidbarkeit handelt 32), währenddem es schon grundsätzlichen Ueberlegungen entspricht 33), dass die zugefügte Körperverletzung der Beeinträchtigung eines Wertes entspricht, welcher von der objektiven Rechtsordnung um seiner selbst willen geschützt wird, und zwar unabhängig von den beim Schädiger liegenden, subjektiven Anknüpfungsmomenten 34).

2. Entwicklung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung

In einer Überblickartigen Durchsicht der gesamten Bundesgerichtspraxis über nunmehr etwa 100 Jahre hinweg lassen sich unter dem hier interessierenden Blickwinkel im wesentlichen drei einigermaßen einheitliche Phasen erkennen; im Zeitablauf lösen sie einander ungefähr ab, jedoch selbstverständlich ohne dass dabei in der generellen Betrachtungsweise irgendwie genau feststellbare Wendepunkte eingehalten würden.

a) Um die Jahrhundertwende und noch während einiger Zeit danach vertrat das Bundesgericht den Standpunkt, die Schädigung an Leben, Gesundheit, körperlicher Integrität sei Verletzung des allgemeinen Rechtsgebotes, welches Leben und Gesundheit der Bürger gegen schuldhaftes Schädigung unbedingt

31) BGE 82 II 28 m.w.H., vgl. unten 2 sowie 3. Abschn., bes. B/C je II

32) Kap. 2, C I 2, vgl. bes. e bb und dd

33) Oben 1. Abschn., B II

34) Etwa "schuldhaftes Verhalten" oder "gefährvoller Zustand" vgl. Kap. 2, C I (1), 2 und 3 m.w.H.

schütze und derartige Schädigungen jedermann verbiete 35). Demgemäss müsse als objektiv widerrechtlich die Verletzung jedes Rechtsgutes betrachtet werden. Als solches erscheine bei der Körperverletzung die körperliche Integrität; diese sei in der allgemeinen Rechtsordnung anerkannt, ganz abgesehen von etwaigen Strafgesetzen, ... von polizeilichen Verboten oder von noch anderen Schutzgesetzen. Allfällige Ausnahmen könnten sich höchstens aus anerkannten Rechtfertigungsgründen ergeben. Diese Auffassung stehe durchaus im Einklang mit der vom Bundesgericht anerkannten objektiven Widerrechtlichkeitstheorie 36). Vielleicht auch noch aus dieser gedanklichen Linie heraus ist ein Entscheid aus späteren Jahren erklärbar, wonach Art. 27 MO einen Ausfluss des Grundsatzes darstellt, dass ein Soldat im Rahmen seiner Dienstpflicht nicht widerrechtlich handeln kann... "Dieser Grundsatz berechtigt zu gewissen Eingriffen in die körperliche Integrität" 37).

Der Uebergang zur zweiten Phase wurde gleichsam durch die ersten strassenverkehrsrechtlichen Entscheide des Bundesgerichts eingeleitet; es war ja seit jeher auf die Ueberprüfung von Bundesrecht beschränkt und durfte sich daher nicht zu Uebertretungen gegen damals kantonalrechtliche Vorschriften

35) BGE 15 (1889) 676; 18 (1892) 861 (die Seitenzahl "961" ist ein Druckfehler) und 340; 19 (1893) 269; 20 (1894) 160; 22 (1896) 532; 26 (1900) 608 f

36) BGE 33 (1907) II 567 f. In das grosszügig betrachtete gedankliche Umfeld dieser Auffassung ordne ich auch BGE 22 (1896) 186; 23 (1897) 211; 27 (1901) 164 und 30 (1904) 571 ein; eine diesbezüglich nuancierende Betrachtungsweise vertritt Baader 83

37) BGE 47 (1921) II 180

ten über den Motorfahrzeugverkehr äussern. In bezug auf derartige Regelverstösse hielt das Gericht jedoch von Anfang an fest, dass sich die bundesrechtliche Widerrechtlichkeit gemäss dem (damaligen) Art. 50 a OR nicht unbedingt und abschliessend daraus ergebe, sondern auch ohne Verkehrsregelverletzung vorliegen könne 38).

b) Insofern behalf sich das Bundesgericht nun eben dadurch, dass es auf einen ungeschriebenen Rechtssatz zurückgriff, wonach die Widerrechtlichkeit auch darin liegen könne, dass jemand gegen das Gebot verstosse, die Sicherheit seiner Mitmenschen nicht schuldhaft zu gefährden 39). Die Benützung der Strasse durch zu schnelles Fahren sei schon per se widerrechtlich, denn sie bedeute Gefährdung anderer Strassenbenützer 40). In all diesen Fällen liege in der Erfüllung des erwähnten Tatbestandes gleichzeitig objektiv eine Widerrechtlichkeit und subjektiv ein Verschulden 41).

Damit war die Aera 42) des bundesgerichtlichen Gefahrensatzes bereits auf dem besten Weg zu ihrem Höhepunkt, welcher

- 38) BGE 33 (1907) II 558 m.w.H.; nach BGE 34 (1908) II 18 ist die Tötung zweier, dem Kläger gehörender Pferde als Schädigung "wohl an sich, objektiv, ohne weiteres widerrechtlich...", wobei aber bereits auch die übersetzte Geschwindigkeit des heranfahrenden Wagens als "widerrechtlich, weil den Strassenverkehr gefährdende Handlung, für deren Folgen der Gefährdende haftet", betrachtet wurde; vgl. dazu hienach im Text c
- 39) BGE 31 (1905) II 418
- 40) BGE 34 (1908) II 18; in diesem Sinn auch 33 (1907) II 558; 38 (1912) II 488; 51 (1925) II 520
- 41) Vgl. nebst den bereits zit. Entscheiden BGE 32 (1906) II 733
- 42) Sie umfasst ungezählte Entscheide, praktisch seit dem Bestehen des BGer und beruht ganz allgemein auf einem "Gebot" der Rechtsordnung, niemanden (schuldhaft) zu gefährden; die imposante Reihe der Präjudizien ist zit. bei Widmer, Gefahrensatz 304, N 37: BGE 11 61; 21 625 f; 24 II 212; 26 II 101; 27 II 494; 29 II 65; 31 II 285 und 628; 32 II 92; 33 II 569; 34 II 636 f; 35 II 440 ff und 580; 36 II 22; 38 II 488; 40 II 277; 41 II 685 und 697;

wohl mit dem Entscheid "Bally" 43) erreicht wurde. Die Widerrechtlichkeit einer Rechtsgutverletzung wurde nicht mehr in Betracht gezogen, sondern vielmehr erklärt, eine derartige Erwägung erscheine als Ausdruck der subjektiven Widerrechtlichkeitstheorie 44). Im Grunde bedeutete dieser Gefahrensatz auch eine Vorverlegung des Rechtsschutzes auf die Gefährdung, was eigentlich haftpflichtrechtlicher Betrachtungsweise widerspricht 45). Verschulden und Widerrechtlichkeit wurden heillos durcheinander gebracht und abwechslungsweise oder gleichzeitig anhand des Gefahrensatzes begründet 46). Da immer wieder von einem entsprechenden Gebot 47) oder auch von der Schaffung gefährlicher Zustände die Rede war, welche schadensverhütende Massnahmen verlangen würden 48), ergab sich als weitere Folge eine unnötige Komplizierung des Zurechnungsvorganges, indem viele (widerrechtliche) Handlungen zu Unterlassungen wurden oder diese beiden Verhaltensformen als Substrat des Widerrechtlichkeitsurteils überhaupt nicht mehr auseinanderzuhalten waren, wie auch wieder der Fall "Bally" zeigt: Das Skifahren war an besagtem vereistem

45 II 647 f; 49 I 473; 51 II 78 und 520; 53 I 336 f; 57 II 167; 60 II 40 f; 64 II 260 und 304 ; 66 II 117; 70 II 215; 71 II 111 ff; 77 II 150; 79 II 69; 80 III 59; 82 II 25; 85 II 36 f; 90 II 88; 93 II 89 und 230; 95 II 96 und 231; 96 II 112. Vgl. ferner aus der kantonalen Praxis: ZBJV 71 124, 97 109, 99 143, 10. 267 (sowie im Band 73 120 f und 126 f die Bemerkungen von Dannegger zur Haftung des Skifahrens). SJZ 42 203, 43 43, 46 74, 49 310 (= Sem Jud 75 145), 52 110. ZR 56 201 ff, 58 166 ff, 66 210 ff

43) BGE 82 II 28, vgl. oben 1 m.w.H.

44) Oben Anm. 30

45) Kap. 1, B, Anm. 98 f; Kap. 2, B I Sa (a. E.); oben 1 Abschn. B IV 1 a.E.; unten 4. Abschn. B I 1

46) Oben bei Anm. 41; Kap 1, B VI, Anm. 256 betreffend Fall "Bally", BGE 82 II 28; vgl. 93 II 92; 79 II 69, 71 f

47) Oben Anm. 42; vgl. z.B. BGE 90 II 88; 77 II 150

48) Vgl. wiederum BGE 82 II 28, 95 II 96 usw. ..dies erinnert an Kausalhaftungen, vgl. Kap. 1, B II 3 c bb; Widmer, Gefahrensatz 304

Hang besonders gefährlich; der Beklagte hatte also mit der seinem Können nicht angepassten Fahrweise einen gefährlichen Zustand geschaffen und war nun verpflichtet, alle zur Schadensverhütung notwendigen Vorsichtsmassnahmen zu treffen.

Schliesslich verstieg sich das Bundesgericht sogar dazu, den Gefahrensatz derweise anzuwenden, dass auch das reine Vermögen eines andern als solches nicht in Gefahr gebracht werden dürfe 49); damit wäre im Grunde genommen der Punkt erreicht, wo jeder gegenüber jedem jederzeit haftbar werden kann.

c) Diesen unseligen Kurs verliess nun das Bundesgericht in neuester Zeit recht deutlich und kehrte eigentlich wieder zu den Erkenntnissen der ersten Phase (oben a) zurück. So erklärte es in einem Entscheid aus dem Jahre 1969 50):

"Dieser Auffassung ist entgegenzuhalten, dass die Widerrechtlichkeit durch das Ergebnis begründet wurde, zu dem die Mitwirkung des Klägers führte, nämlich durch die gegen seinen Willen (...) herbeigeführte Körperverletzung. Die körperliche Integrität ist ein durch ungeschriebene Gebote und Verbote der Rechtsordnung geschütztes Rechtsgut. Wer sie durch Widerhandlung gegen solche Gebote oder Verbote verletzt, handelt widerrechtlich."

Es wurde auch erklärt, wenn die Sprengung von Lawinen Grundeigentumsrechte anderer verletze, dann liege darin die in Art. 41 Abs. 1 OR verlangte Widerrechtlichkeit 51). Eine andere Eigentumsverletzung prüfte das Bundesgericht unter dem Gesichtspunkt der Sachbeschädigung im Sinne von Art. 145 StGB

49) So geschehen in BGE 93 (1967) II 339 f (E. 5); vgl. Stark RZ 273

50) BGE 95 (1969) II 106; es entbehrt nicht der Ironie, dass das BGer sich dabei auf die Gefahrensatz-Urteile BGE 82 II 28, 79 II 69 und weitere beruft

51) BGE 96 (1970) II 177; 100 (1974) II 124

und erwähnte den Gefährdungssatz 52) nicht einmal mehr 53). Und schliesslich führte das Bundesgericht in einem noch jüngeren Entscheid aus, jeder Eingriff in die persönliche Freiheit und in die körperliche Integrität eines andern erscheine ohne seine Zustimmung als widerrechtlich; eine ohne die Einwilligung des informierten Patienten vorgenommene Operation sei als Ganzes rechtswidrig 54).

3. Lehre

Schon im Jahre 1952 hat STARK 55) anhand eines einfachen, aber sehr einleuchtenden Beispiels gezeigt, dass es für die Rechtsordnung nicht um die Alternative Schutz von Gütern oder Verpönung von Verhalten gehe, sondern um die aufgrund von gewissen Begleitumständen zu bestimmenden Werte, auf welche sich ein Verhalten bezieht:

"Wenn ich zum Beispiel in einer einsamen Gegend einen Schuss gegen eine nahe, mit Gras bewachsene Böschung abgebe, so ist dies rechtlich indifferent. Wenn aber an jener Böschung ein Reh steht, verletze ich damit die jagdpolizeilichen Vorschriften, sofern ich keine Jagdbewilligung besitze. Wenn an der Böschung demgegenüber eine Kuh weidet, begehe ich, sofern ich sie treffe, eine Sachbeschädigung. Wenn Kinder dort spielen, liegt ein Gefährdungsdelikt und eventuell ein Tötungsdelikt vor. Wenn ich mich schliesslich im Kriege befinde und an der Böschung eine feindliche Patrouille auftaucht, erfülle ich mit der Abgabe des Schusses meine Pflicht."

Im Gefolge des grundlegenden Aufsatzes von MERZ 56) über

- 52) ...der früher eben nicht nur auf Personen-, sondern auch auf Sachschäden angewendet wurde: vgl. BGE 77 (1951) II 150; 90 (1964) II 88
- 53) BGE 102 (1976) II 87 (E. 4 a)
- 54) BGE 108 (1982) II 62 (E. 3) = Pra 71 (1982) 300; das. 311
- 55) Stark, Grundeigentümerhaftung 149 f
- 56) Er stammt aus dem Jahre 1955 (vgl. Literaturverzeichnis). Weitere Hinweise: Stark RZ 254 ff; Keller 68 f; Yung,

die Widerrechtlichkeit als Rechtsquellenproblem ist die h.L. in der Schweiz inzwischen im wesentlichen am selben Punkt angelangt, wie das Bundesgericht 57). Kurz und bündig fasst wiederum STARK 58) dieses Ergebnis zusammen:

RZ 264:

"Im Rahmen der Haftpflicht für menschliches Verhalten, das nicht zu einer Rechtsgutverletzung, z.B. einer Körperverletzung oder einer Sachbeschädigung, sondern zu einem sog. übrigen oder Vermögens-Schaden führt (vgl. vorn N 153), ergibt dagegen nur die Theorie der Normverletzung ein vernünftiges Resultat; denn das Vermögen als solches ist kein geschütztes Rechtsgut. Vermögensschaden i.e.S. ist nur dann rechtswidrig, wenn seine Verursachung unter Widerhandlung gegen eine Norm erfolgt ist, die den Schutz des Vermögens gegen Schädigungen dieser Art bezweckt (vgl. hinten N 268)." 59)

Der Rechtsschutz des Vermögens muss sich also darnach richten, ob durch einen Eingriff unmittelbar das Vermögen als solches oder - als in der Kausalkette vorangehendes Glied - ein klar abgegrenztes, individuelles Rechtsgut betroffen wurde, was sich schon früher etwa gezeigt hatte 60).

insb. 116 (ebenfalls anhand von BGE 82 II 28); vgl. auch Gygi 419 ff, wo zudem die Bedeutung dieser Frage für die Abgrenzung Widerrechtlichkeit/Verschulden (dazu unten Abschn. 3) sichtbar wird; im Ergebnis entspricht die Lösung derjenigen von Känzig, vgl. bes. S. 199 ff (Abschnitte D und E)

- 57) Oben 2 (c); dies ergibt sich entsprechend auch aus den oben in den Anm. 13 und 99 (des 2. Abschn.) angeführten Zitaten; so auch schon Oser/Schönenberger N 14 f zu OR 41
- 58) Stark, Skriptum Haftpflichtrecht (1982, vgl. Literaturverzeichnis)
- 59) Anders etwa, und mehr in Richtung der (deutschen) Sozialadäquanz-Lehre (vgl. oben 1. Abschn., Anm. 73 m.w.H.) Deschenaux, norme 418
- 60) Vgl. etwa Kap. 2, C II 3, bei Anm. 173 sowie Kap. 1, A II 1 c, beide Stellen m.w.H.

4. Zum Standpunkt des BGB

Auch wenn wir Schweizer mit einem gewissen Recht grosse Stücke auf unsere offene und flexible Privatrechtsordnung halten, so müssen wir doch zugeben, dass diese unumstössliche Quintessenz vom deutschen Gesetzgeber sowohl früher als auch richtig erkannt wurde und im Gesetz ihren Niederschlag fand 61). So stellt § 823 BGB in seinem Abs. 1 die absoluten Rechte an Leben, Körper, Gesundheit, Freiheit und Eigentum in den Vordergrund; an "sonstigen Rechten" anerkannte die Rechtsprechung insbesondere ein allgemeines Persönlichkeitsrecht und ein "Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb" 62). Deren schuldhaftige Verletzung stellt je einen eigenen Haftungsgrund dar. Abs. 2 von § 823 BGB verstehe ich dementsprechend als Auffangtatbestand für "primäre", "unmittelbare" oder "reine" Vermögensschäden 63) im Fall von Verstössen gegen Gesetze mit Schutzwirkung für das Vermögen selbst 64).

Diese Erkenntnisse und die sich daraus ergebenden Konsequenzen für die verschieden gelagerten Haftungstatbestände mussten in der Schweiz durch lange Jahre hindurch mühsam erarbeitet werden, wie die Geschichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung 65) zeigt.

61) So auch Merz, 310, bes. f; vgl. Baader 30 ff, 33 ff, 37 ff, 69 und 71 f; Müller A. 62 ff; Yung 108 ff

62) vCaemmerer, Schriften I 554 ff, vgl. bes. 565 f und 566 f; ferner das. 547 f; Palandt, N 4 ff zu § 823 BGB. Enneccerus/Nipperdey 1337 ff; Larenz §§ 71 ff, bes. S. 600 ff; vgl. Esser 107 ff

63) Vgl. Kap. 1, A II 1 c; Kap. 2, B I 6 a und C II 3 (Mitteilteil); oben 3 a.E., alle m.w.H.

64) Vgl. dazu auch unten, 3. Abschn. D und Kap. 4

65) Oben 2. Vgl. dazu auch Kramer 131 unten f

B. Betrachtungen zur Annäherung der Positionen

I. Hinweise zur Klärung einiger Grundlagen

1. Verhaltensbegriff

Es ist an dieser Stelle daran zu erinnern, dass die Tatbestände des Haftpflichtrechts genau wie die Erfolgsdelikte im Strafrecht nicht nur "körperliches menschliches Verhalten", sondern eben auch deren "Aussenerfolg" (KAENZIG 66)) enthalten und somit einbeziehen. Insofern gibt es im Haftpflichtrecht sogar nur "Erfolgsdelikte", als überhaupt immer ein Schaden 67) vorliegen muss, damit sich das Haftpflichtrecht der Angelegenheit überhaupt annimmt 68). Demgemäss umfasst der **E i n g r i f f** im haftpflichtrechtlichen Sinn ein körperliches Verhalten oder einen besonders schadenträchtigen Zustand mitsamt deren (verletzenden) Auswirkungen in konkreten Fällen - aber ohne den im weiteren Verlauf der Kausalkette entstehenden Schaden. Die Verschuldenshaftung knüpft an einen solchen Eingriff an, also an dieses Verhalten mit seinem Aussenerfolg und die Beurteilung der Widerrechtlichkeit erstreckt sich ebenfalls auf den gesamten Eingriff. Sie bezieht sich auf alle natürlichen Ursachen des Schadens und soll die Antwort näherbringen, welche davon als rechtlich relevant erscheinen.

Entweder fasst man den haftpflichtrechtlichen "Verhaltensbegriff" so weit, dass auch der Aussenerfolg - also die Rechtsgutverletzung - darin enthalten ist 69) oder man geht davon

66) Vgl. dazu die Erläuterungen oben Kap. 2, C I 2 b mit Hinweis auf diesbezügliche Klarstellungen insb. bei Känzig (20 ff) und Desax (6 ff)

67) Und zwar nicht als "Aussenerfolg" (vgl. Anm. 66), sondern gleichsam als "Enderfolg"

68) Oben Anm. 45

69) ...wie bei Känzig, vgl. die Verweisung in Anm. 66, ...; vgl. unten 3. Abschn. B III, Anm. 51

aus, dass ein "Eingriff" den Haftungstatbestand bildet, in welchem sowohl das Verhalten, als auch dessen Auswirkungen im Sinne des Verletzungserfolges enthalten sind 70).

Damit ist auch bereits angedeutet, dass bei der Kausalhaftung Entsprechendes gilt. Der haftungsbegründende Zustand ist erlaubt 71), also eben gerade nicht widerrechtlich. Die Widerrechtlichkeit ergibt sich vielmehr aus dem Einbezug in die Beurteilung der natürlich kausalen Folgen dieses Zustandes 72) bis hin zum (Vermögens-) Schaden. Dazwischen liegt meistens eine Rechtsgutverletzung, welche die Widerrechtlichkeit ipso iure impliziert.

2. Intensität des Rechtsgüterschutzes

a) Rechtsgüterschutz und Verhaltensrecht

Wenn gesagt wird, die Verletzung von Rechtsgütern stelle im Grunde eine blosser Reflexwirkung von Verhaltensunrecht dar, nämlich von Verstössen gegen Verhaltensnormen, die zum Schutze dieser rechtlich anerkannten Werte, vor allem absoluter Rechte, aufgestellt sind 73), so ist damit angedeutet, dass Rechtsgüter nicht von selbst entstehen, sondern sie ihre Geltungskraft aus geschriebenen und ungeschriebenen Normen der Rechtsordnung beziehen 74). Diese fordert ihre Respektie-

70) So Anm. 11 in Kap. 2, C I 2 b

71) Kap. 1, B II 4, nach Anm. 68; das. V 5, bei Anm. 226; vgl. auch Kap. 2, C I 2 e bb "erlaubtes Risiko", Anm. 68 f

72) Kap. 1, B II 4, Anm. 71 m.w.H.

73) So eingehend Känzig 49 ff; Merz, bes. 307 ff; vgl. auch Oettinger I 132 N 30 m.w.H.; Desax 11; Müller A. 1 f, 6. Ebenso Jäggi, Seelig 354 (rechte Spalte); ders., Persönlichkeitsschutz Nr. 24; Homberger 25 a ff

74) Das ist die "Korrelativität" von Verhaltensnorm und Rechtsgut, auf welche bereits hingewiesen wurde, vgl. Kap. 2, C II 3, Anm. 172; oben Anm. 5; vgl. auch oben 1. Abschn., Anm. 64

rung, setzt aber auch deren Grenzen fest. Der Frage, ob Verhaltens- oder Erfolgsunrecht "vorliege", kommt insofern kaum irgendwelche massgebliche Bedeutung zu, als die haftpflichtrechtliche Ersatzfähigkeit von Schäden eben durch den Rechtsschutz des privaten Vermögens des einzelnen bestimmt wird 75), welcher sich sowohl aus Verhaltensnormen, wie aus Rechtsgütern ergeben kann.

b) Rechtsgüterschutz im Schweizerischen Recht

Während im deutschen Recht die haftpflichtrechtlichen Grundnormen die schützenswerten Rechtsgüter gleich selbst nennen und auch eine Art Rangordnung unter ihnen aufstellen, wie wir gesehen haben, beschränkt sich die Generalklausel von Art. 41 Abs. 1 OR auf die Nennung des Begriffs der Widerrechtlichkeit und verweist damit auf die gesamte Rechtsordnung 76).

Diesbezüglich ist an erster Stelle ohne jeden Zweifel das Recht auf körperliche Integrität zu erwähnen. Schon in der Bibel als Verhaltensnorm formuliert ("Du sollst nicht töten") kommt ihm in der Schweiz auch ohne ausdrückliche Verankerung in der BV Verfassungsrang zu 77). Es fällt ferner unter den Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechtes von

75) Vgl. die Hinweise oben Anm. 63 (f)

76) BGE 30 II 571 (grundlegend); 32 II 279; 55 II 334 f (E. 2); ferner auch BGE 82 II 28 und dortige Zit.; 88 II 280 f (E. 4a); 90 II 279 E. 4. Oftinger I 128; Darbellay 5; Merz 306 f; eingehend Känzig 1 ff, 106 ff m.w.H.; vWattenwyl 414 f; Schuhmacher 38; Jäggi, Persönlichkeitschutz 175 a (oben)

77) Das ungeschriebene, verfassungsmässige Grundrecht der persönlichen Freiheit gewährleistet alle Freiheiten, die elementare Erscheinungen der Persönlichkeitsentfaltung des Menschen darstellen, insbesondere seit jeher auch schon die körperliche Integrität: BGE 107 I a 55 (E. 3 a); 108 I a 60 (E. 4a) statt vieler m.w.H.; Horn 40; vgl. auch (bei) Anm. 85 in Kap. 1, B II 5 (Hinweis auf Bullinger)

Art. 28 ZGB 78) sowie von mehreren Tatbeständen des Strafrechts 79), welche ebenfalls zu seiner Konkretisierung beitragen. Die haftpflichtrechtliche Bedeutung dieses Rechtsgutes ist auch in der Literatur unbestritten 80).

Auch das Eigentum ist in der Verfassung verankert 81) und auch strafrechtlich geschützt 82). Es bedarf keiner weiteren Begründung, dass wir es hier mit einem gegenüber dem Recht auf körperliche Integrität minderwertigen Rechtsgut zu tun haben, was sich auch aus den entsprechenden gesetzlichen Konkretisierungen ergibt 83).

Nur noch punktuellen Rechtsschutz genießt schliesslich das Vermögen als solches 84). Er beruht mehr auf kollektiven, denn auf individuellen Rechtsgütern 85) oder ist in sogenannten "Schutzgesetzen" enthalten, womit angedeutet ist, dass hier das Problem des Widerrechtlichkeitszusammenhanges eine besondere Bedeutung gewinnt, indem bei "reinen Vermögens-

78) ZGB 28 gilt als Beispiel für die gesetzlich anerkannte "Drittwirkung" eines Verfassungsrechts, nämlich des ungeschriebenen Rechts auf persönliche Freiheit mit all seinen Aspekten und Facetten (vorangehende Anm. 77). Eine weitere Konkretisierung dieses Rechts enthält das Privatrecht in OR 45 f. Vgl. aber BGE 104 Ia 140 f

79) Vgl. StGB 111 ff, 122 ff

80) Es gelten in erster Linie dieselben Verweisungen, wie oben Anm. 13, 57 und 73; vgl. zudem auch Staehelin 465; Deschenaux/Tercier § 6 RZ 22. Ferner Kap. 1, A II 1, bes. B; Kap. 2, C II 3, bei Anm. 177; Kap. 3, 1. Abschn. B, bes. II

81) BV 22ter f

82) Vgl. StGB 137 ff

83) ZGB 641 ff, vgl. Kap. 2, C II 3, nach Anm. 175 mit Hinweis auf ZGB 2 und 667 ff

84) Desax 10 f und vBüren 259 ff sprechen in diesem Zusammenhang von "stark und schwach geschützten Rechtsgütern"

85) Vgl. die Hinweise in Kap. 1, A II 1, Anm. 49 und bei Anm. 63

schäden" 86) die Widerrechtlichkeit nur auf Verletzung einer Norm gründen kann, welche eben direkt und hauptsächlich den Schutz des Vermögens an sich bezweckt 87).

II. Einige konkrete Folgerungen

Bei Personen- und Sachschäden fällt die Widerrechtlichkeit grundsätzlich immer mit der Rechtsgutsverletzung selbst zusammen. Verletzt sind die absoluten Rechte der körperlichen Integrität und des Eigentums. Diese Rechtsgüter sind als solche umfassend geschützt. In ihrer Verletzung liegt ohne weiteres eine Widerrechtlichkeit, welche in diesen Fällen also per se, von selbst gegeben ist. Es handelt sich dabei um eine Uebertretung der Verhaltensnorm "Du sollst nicht ... was" 88). Wenn man so will, liegt der Hauptakzent hier auf dem "Erfolgsunrecht".

Reine Vermögensschäden dagegen sind nicht eo ipso widerrechtlich. Unter Umständen kann jedoch eine Widerrechtlichkeit im Verstoss gegen kollektive Rechtsgüter, wie insbesondere Treu und Glauben im Geschäftsverkehr, oder gegen andere spezifische Schutzgesetze liegen. Weil es dabei um weniger klar bestimmte Rechtsgüter geht, wird vor allem auf die Art und Weise abgestellt, in welcher der Eingriff erfolgte. Die übertretene Verhaltensnorm heisst somit "Du sollst nicht wie". Im Vordergrund steht eher das Verhaltensunrecht.

Im zuerst erwähnten Fall wird es sicher als ganz natürlich erscheinen, dass die Sympathien des Betrachters eher beim Ge-

86) Vgl. oben A III 4 (Anm. 63 m.w.H.)

87) Dazu unten 4. Abschn.

88) Merz 309; genau gleich Yung 112, Desax 11, Casanova 88; Maurer 19 f und Frei 97 f; Müller A. 18 (oben)

schädigten liegen, während man bei der anderen Konstellation unter Umständen geneigt sein wird, die Angelegenheit vom Standpunkt des Schädigers aus zu betrachten. Dem würde etwa folgende Formulierung entsprechen:

- Wer sich an der körperlichen Integrität eines Menschen vergreift, braucht - um nicht haftpflichtig zu werden - einen Rechtfertigungsgrund.
- Wer jemanden des (unrechtmässigen) Eingriffs in sein (blosses) Vermögen bezichtigt, muss sich auf einen Normverstoss, ein widerrechtliches Verhalten seitens des Schädigers berufen können.

Dazwischen wird wohl bezeichnenderweise wieder der Bereich des Eigentums liegen, dessen Verletzung je nach Fall vom "landläufigen" Rechtsgefühl so oder anders empfunden werden dürfte.

3. Abschnitt

Hinweise zur Abgrenzung von Widerrechtlichkeit und Verschulden

A. Allgemeines

I. Zusammenfassung bisheriger Ergebnisse

1. Zum Inhalt des Widerrechtlichkeitsurteils

Das Widerrechtlichkeitsurteil beantwortet die Frage, ob und wie weit anderen vermögensrechtliche Nachteile zugefügt werden dürfen. Dies ist vor allem dann nicht der Fall, wenn solche Schäden als Folge einer Tötung, Körperverletzung oder Sachbeschädigung eintreten: bei Personen- und Sachschäden 1). Widerrechtlich und damit unzulässig sind auch Eingriffe, durch welche weitere absolute Rechte verletzt werden, wie etwa das Eigentum, das ja nicht nur vor Sachbeschädigungen schützt 1a), die Immaterialgüterrechte und allfällige vermögensschützende Persönlichkeitsrechte 2). Im übrigen ist die Widerrechtlichkeit einer Vermögensschädigung vorwiegend eine Frage der Fairness im Geschäftsleben, dessen zumeist ungeschriebene Regeln eher flexibel und anpassungsfähig gestaltet sind. Die Beurteilung der Regelkonformität einer Teilnahme am Geschäftsverkehr gleicht deshalb einer eigentlichen Interessenabwägung im Einzelfall. Wiederum stehen sich Aktivitäts- und Integritätsinteresse gegenüber; das Problem liegt dabei darin, dass diese Interessen nicht nur aufgrund des objektiven, sondern auch anhand der subjektiven Zurechnungskriterien bestimmt werden 3). Eine begriffliche Trennung von Widerrechtlichkeit und Verschulden ist daher in diesem Bereich nahezu unmöglich.

1) Kap. 2, B I 6 a

1a) Sondern auch etwa vor Besitzesstörungen mit Nutzungsausfall wegen "Sachentzugs" ohne eigentliche Beschädigung, vgl. dazu Larenz 60I; darauf ist in Kap. 4, A II nicht mehr zurückzukommen

2) Vgl. zu alldem Kap. 4, bes. A II

3) Kap. 2, C II 3, bei Anm. 164 ff m.w.H., Kap. 4, B II 2

2. Zum Inhalt des (psychologischen) Verschuldensurteils

Er ergibt sich aus den im 2. Kapitel näher bestimmten und erläuterten einzelnen Begriffselementen der beiden Schuldformen 4): Wissen und Willen für die vorsätzliche Schadenszufügung sowie Voraussehbarkeit und Vermeidbarkeit für die fahrlässige. Die Momente der Fahrlässigkeit können mit unzähligen, nur graduell verschiedenen Zwischenstufen von individuell-relativ bis zu generell-absolut betrachtet werden. Die erwähnten Inhalte sind durchwegs massgebend für den Fahrlässigkeitsbegriff, indem man sich bewusst bleibt, dass ein objektivierender Verschuldensmassstab lediglich eine graduell-variiierende Betrachtungsweise immer derselben Grundmomente ist; "Unfallverhütungsregeln" 5) sind lediglich Hilfsmittel in dieser Hinsicht. Die Grundidee einer eigentlich psychologischen Beziehung des Subjektes zu den tatsächlichen Geschehnissen sollte erhalten bleiben.

Zusammenfassend: das Verschuldensurteil bejaht die Elemente Wille, Wissen oder Voraussehbarkeit und Vermeidbarkeit.

3. "Unwerturteil" entspricht dem normativen Verschuldensbegriff

Wer Verschulden als Abweichung vom rechtlich gebotenen Durchschnittsverhalten oder so ähnlich definiert, wird unweigerlich mit seinem derweise aufgefassten Verschuldensbegriff ein fertiges Unwerturteil fällen; der bezügliche Schaden wird damit ohne weiteres zurechenbar. Die Widerrechtlichkeit ist von vornherein in den Begriff des Verschuldens integriert; die Abgrenzungsfrage wird bei dieser Betrachtungsweise kaum zu lösen sein 6).

4) Kap. 2, C I 2 d und e, bes. bb

5) Kap. 2, C I 2 e bb (Anm. 98)

6) Vgl. dazu etwa Kap. 1, B V 4; Kap. 2, A II und C I 2 d aa/e aa sowie III 1; Kap. 3, 1. Abschn. A. Vgl. auch die bestehend luzide Argumentation bei vWattenwyl, Haftung 18 (f)

II. Gesetzliche Funktionen

1. Widerrechtlichkeitsurteil als Ja-Nein-Entscheidung

Was nicht gegen das Recht verstösst, ist begriffsnotwendig rechtmässig. Es gibt also nur Rechtswidriges und Nicht-Rechtswidriges. Jede dritte Möglichkeit, bzw. jede weitere Stufe ist ausgeschlossen 7). Die Antwort auf die Frage nach der Widerrechtlichkeit kann somit nur ja oder nein lauten. "Die Besonderheit des Rechtswidrigkeitsurteils ist, dass es nicht - wie die Schuld - einer Abstufung fähig ist; es hat vielmehr ein sozial-ethisch wertwidriges Verhalten zum Gegenstand, bei dem nur ein Entweder-Oder möglich ist" 8).

2. Verschulden als Bemessungsfaktor des Schadenersatzes

a) Das Totalersatzprinzip im deutschen und im schweizerischen Recht

In Deutschland wird das Schadenersatzrecht vom sogenannten Alles-oder-Nichts-Prinzip beherrscht 9), während Art. 43 Abs. 1 OR eine grundsätzlich vom Mass des Verschuldens abhängige Schadenersatzbemessung vorzuschreiben scheint, was zuweilen gar als Proportionalitätsprinzip interpretiert wird 10). Indessen scheint mir die wohl fundierte und gut belegte Beurteilung HOHLOCHS richtig, wonach die Praxis auch in der Schweiz grundsätzlich vom Gedanken des vollen Schadenersatzes

7) Horn 24 m.w.H. und 27 (oben); Staehelin 464; Jäggi, Persönlichkeitsschutz 210a. So auch schon Guhl 37 f; a.M. vWattenwyl, Haftung, 119

8) Horn 89 mit diversen Belegen

9) Im einzelnen dazu Hohloch 385 ff und 453 ff; vgl. Lanz 22 ff, beide m.w.H.; vTuhr I 104 f

10) So etwa Keller/Landmann T. 94; vgl. Keller 97. Oftinger (I 263, bei N 5), vTuhr (I 103, N 85), Stark (RZ 518 ff, Probleme 38), vWattenwyl (Haftung, 116 f) und GMK (73) weisen auf die Ursprünge des Gedankens bei Ihering und Bluntschli hin

zes auszugehen hat - und es auch tut 11). Als Grundregel gilt somit auch hier ein abgeschwächtes Totalersatzprinzip, von dem Art. 43 Abs. 1 OR begründete Abweichungen gestattet, denen jedoch m.E. nicht unbedingt Ausnahmecharakter zukommen muss.

Das deutsche Recht steht aber nicht nur einem generellen Proportionalitätsgedanken ablehnend gegenüber, sondern auch ausnahmsweisen Durchbrechungen des Alles-oder-Nichts-Prinzips in besonderen Fällen, wobei offenbar allerdings eine gewisse Bereitschaft dazu besteht, diese Haltung - auch de lege ferenda - kritisch zu überprüfen 12). Demgegenüber erscheint die Rechtslage in der Schweiz doch deutlich flexibler, was auch in der Literatur recht einmütig als Vorteil gewertet wird 13).

b) Art. 43 (44) OR als Absage an einen gesetzgeberischen Lückenlosigkeitsanspruch

Zusammenfassend gewinnt man den Eindruck, dass Art. 43 (und 44) OR einen weiteren Ausdruck von Einsicht des Gesetzgebers in seine eigene natürlich-menschliche Unzulänglichkeit darstellt, eine Wiederholung des Bekenntnisses zu seinen Grenzen in Art. 1 (und 4) ZGB 14), wonach eben

- 11) Hohloch 455 (unten) ff; ebenso Oftinger I 261 und 264, ders., Gefährdungshaftung 4 (rechte Spalte oben); GMK 73; Engel 343 (unten); differenzierend Brehm 505 m.H. auf die Rechtsprechung
- 12) Hohloch 459, vgl. auch nachfolgende Seiten; Stark, Probleme 37 f N 53 m.w.H.
- 13) vTuhr I 104 f; Widmer, Gefahrensatz 310 und Notizen 208; eingehend Lanz 26 f; Yung 129 f; Lehmann 186; Lange 116 f. Guhl 43 sieht in dieser Idee - wohl nicht zu Unrecht - die Postulate der "wahren Billigkeit" verwirklicht; vgl. auch die Zit. unten unter Anm. 26 f m.w.H.
- 14) Vgl. Kap. 1, A I 1 und 3, bes. a. Brehm 503: "La disposition de l'art. 43 CO est une création originale du droit suisse"; vgl. dazu auch das. 504; ebenso Stark RZ 521

nicht jeder Einzelfall vorausgesehen und im voraus abschliessend und befriedigend geregelt werden kann. Bei den Befürwortern ist auch etwa das nicht von der Hand zu weisende Argument zu hören, die undifferenzierte Schwarz-Weiss-Sicht des Totalersatzgedankens vermöge der unermesslichen Vielfalt menschlichen Lebens und dessen Aeusserungen nicht gerecht zu werden.

Mit der schweizerischen Lösung geht ein grösseres Vertrauen zu den rechtsanwendenden Organen einher, was wohl ebenfalls als Charakteristikum unseres Privatrechts bezeichnet werden darf.

Wer dagegen das Postulat der Berechenbarkeit der Gerichtspraxis ins Feld führt 15), muss sich nach meiner Ueberzeugung entgegenhalten lassen, dass er bereit ist, Billigkeit und damit Fallgerechtigkeit 16) auf dem Altar einer Rechtssicher-

15) Merz, ZBJV 114 (1978) 131 f; vgl. Lanz 41 f; ferner Hohloch 463

16) Bezeichnend in diesem Zusammenhang eines der Ergebnisse im Aufsatz von Richard (S. 22): "b) Le problème de la responsabilité serait présenté dans la loi d'une manière qui se rapproche de celle dont il est posé devant le juge dans les cas concrets." Vgl. auch Lange 131: "Jenseits aller Theorie betrachtet, werden die Bemühungen um Abschwächung des Schadensumfanges dort einsetzen, wo er hoch ist und sein Ersatz den Täter unbillig hart trifft. Bei geringen Schäden, mögen sie noch so entfernt sein, besteht dagegen eine gewisse Gleichgültigkeit; auf der einen Seite kann man es dem Schädiger leicht zumuten, diese Nachteile zu ersetzen; auf der anderen verliert der Verletzte, der auf dem Ausgleich kleiner Schäden besteht, die Sympathie der Gerichte." In diesem Sinn auch Oftinger I 383; Giovannoni, dommage indirect 61, formuliert es prägnant: "...personne ne croit sérieusement qu'un juge réagisse de la même manière, dans son for intérieur, suivant qu'un individu a subi un dommage de 100 ou de 100'000." vgl. das. 62 ff; ders. causalité 278 ff; Deschenaux, norme 428 (unten); Schwartz 1 f; Tercier, préjudice réfléchi 267, 269

heit zu opfern, die jedenfalls im Haftpflichtrecht bis heute nicht gerade deutlich wahrnehmbare segensreiche Auswirkungen gezeitigt hat, meines Wissens weder in Deutschland noch in der Schweiz 17).

c) Insbsondere zur haftpflichtrechtlichen Funktion des Vorsatzes

Auf einen in diesem Zusammenhang sehr wichtigen Aspekt, der sonst kaum je erwähnt wird, weist LANZ auf S. 173 f seiner Arbeit über Alternativen zur Lehre vom adäquaten Kausalzusammenhang hin. Er zeigt dort anhand eines Beispiels 18), dass eine einigermaßen glaubwürdige Systematik der Haftpflichtvoraussetzungen es nicht zulässt, ein Element als gegeben anzunehmen, welches sich in einer Entweder-Oder-Entscheidung erschöpft - wie namentlich die Adäquanz 19) oder die Widerrechtlichkeit -, wenn man in einem zusätzlichen Gedankengang erkennen muss, dass dieses Ergebnis ja nur dann richtig sein kann, wenn man von der Schuldform der Fahrlässigkeit ausgehen kann und im Falle von Vorsatz ohne jeden Zweifel zu einem anderen Ergebnis gelangen würde. Die daraus zu ziehende Folgerung liegt auf der Hand: es handelt sich in diesen Fällen weder um ein Problem der Adäquanz des

- 17) Vgl. dazu auch Kramer 134; Widmer, Gefahrensatz 321 (u. dortige Hinweise). Es dürfte sich inzwischen ja herauskristallisiert haben, dass der Schwachpunkt des heute geltenden Systems eindeutig bei der zu vagen Adäquanztheorie liegt, dazu Kap. 2, B II 2, bes. c und das. C I 2 e cc, vgl. auch unten Anm. 26 m.w.H.
- 18) Es handelt sich um den berühmten Schleusen-Fall (BGHZ 3, 261), wo ein Schiffer die Breite seines Kahns als zu gering angegeben hatte, was beim Herabschleusen infolge (zusätzlichen) Fehlverhaltens des Schleusenpersonals zum Kentern und Sinken des danebenliegenden Fahrzeugs führte; das Gericht verneinte die Adäquanz des Kausalzusammenhangs hinsichtlich der falschen Breitenangabe
- 19) Nach seiner ursprünglichen Idee und herkömmlicher Lehre dürfte der Adäquanzbegriff keiner Abstufung fähig sein, vgl. dazu im einzelnen Lanz 77 ff; diese Konsequenz wird allerdings oftmals nicht gezogen, Lanz a.a.O.

Kausalzusammenhanges noch um ein Widerrechtlichkeitsproblem, sondern um ein solches des Verschuldens - ob nun Vorsatz oder Fahrlässigkeit anzunehmen sei. Systemwidrig scheint mir auch die Annahme, im Falle von vorsätzlicher Schadenszufügung könne der Kausalzusammenhang immer als adäquat gelten 20).

MERZ wandelt ein Beispiel aus dem Strassenverkehrsrecht im Sinne der "Vorsatzvariante" ab, um erkennbar zu machen, dass die Widerrechtlichkeit ohne weiteres im Handlungserfolg liegen kann 21). Die Tatsache, dass Vorsatz und Fahrlässigkeit zwei Formen der eigenständigen Haftungsvoraussetzung Verschulden sind, muss ferner auch bei den sogenannten Reflexschäden beachtet werden, indem die Lösung dieser Fälle nicht unterschiedlich ausfallen darf, je nach dem ob sie vorsätzlich oder fahrlässig verursacht wurden 22).

Anhand der "Vorsatzvariante" wird zuweilen erkennbar, dass andere haftungsbegrenzende Kriterien des rechtlichen Instrumentariums nichts zu leisten vermögen, dass insbesondere ein gefundenes Ergebnis bereits unter Annahme einer anderen Schuldform nicht mehr richtig sein könnte; das ist die Erkenntnis, dass ein Problem der Haftungsbegrenzung nicht generell-abstrakt gelöst werden kann, sondern eben eine Frage

20) Deschenaux, norme 412 (bei) N 49; diese Betrachtungsweise ist m.E. wieder eine Folge der inhaltlichen Einheitlichkeit von Adäquanz und Verschulden, vgl. Kap. 2, B II 2 c bb

21) ...im Fall einer Verletzung von absoluten Rechtsgütern (oben 2. Abschn., bes. B II): Merz 316: "Wenn ich mit meinem Fuhrwerk oder mit meinem Fahrrad unter Beobachtung aller Verkehrsvorschriften meinen Todfeind absichtlich überfahre (was mir möglich sein kann, weil er sinnlos betrunken auf der Strasse liegt), so wird niemand nach einer andern Widerrechtlichkeit fahnden als nach derjenigen, die in der Verletzung der körperlichen Integrität meines Opfers liegt."

22) Müller A. 18 (oben); dazu eingehend hienach 4. Abschn., B III, bes. 3 d a.A.

des Verschuldens ist, welche vorsichtig nach den konkreten Umständen des Einzelfalles abwägend und abstufend beantwortet werden muss 23).

d) Die Abstufungsfähigkeit der Verschuldenselemente

Es leuchtet ohne weiteres ein, dass die Komponenten Absicht einerseits, Vorausssehbarkeit und Vermeidbarkeit 24) andererseits in unterschiedlicher Intensität auftreten und so theoretisch stufenlos ineinander "übergehen" können 25). Sie ergeben somit die einzige einer Abstufung fähige Haftungsvoraussetzung und sind demnach dazu prädestiniert, Faktoren der ebenfalls stufenlosen Schadenersatzbemessung abzugeben, wie es der gesetzlichen Regelung entspricht.

Ich habe bereits andeutungsweise zum Ausdruck gebracht, dass ich diese Lösung für angebracht halte und möchte nun hinzufügen, dass sie nach meinem Dafürhalten zu einer angemessenen 26) Abgrenzung der gegenseitigen Risikobereiche 27) in jedem Einzelfall als die einzig mögliche und richtige erscheint. Keinesfalls sehe ich damit die Rechtssicherheit beeinträchtigt, denn bei der Prüfung einschlägiger Gerichtspraxis muss man zur Erkenntnis kommen, dass kein Richter sich der Erforschung und Abwägung dieser Faktoren ganz verschließen kann oder je wird können. Auch unausgesprochen spielen

23) Vgl. dazu die Zit. oben Anm. 16 a.E.

24) Als Beziehungsformen zum (festgestellten) Kausalablauf bzw. Sachverhalt im Sinne eines Schuldbegriffs mit psychologischem Einschlag, Kap. 2, C I 2, Zusammenfassung unter f

25) Kap. 2, C I 2 d cc

26) Dies ist dann die - richtig verstandene - Adäquanz der Haftungsfolgen; Kap. 1, B V 1, Anm. 195 m.w.H. Vgl. Lehmann 186 (und sein dortiges Zitat Lange, AcP 156 114 ff); oben Anm. 13

27) Kap. 1, B V 3 (a)

sie deshalb in der Praxis unweigerlich eine bedeutende Rolle; sie sollten beim Namen genannt und offen abgehandelt werden.

e) Exkurs: Zur Schadenersatzbemessung im allgemeinen

aa) Die massgeblichen Reduktionsfaktoren

Als "Reduktionsgründe", welche eine Abweichung vom Grundsatz der vollumfänglichen Ersatzpflicht im Einzelfall unter Umständen rechtfertigen, werden in der Literatur im allgemeinen etwa genannt 28):

- Selbstverschulden	Art. 44 Abs. 1 OR
- Drohende Notlage des Haftpflichtigen	Art. 44 Abs. 2 OR
- Konstitutionelle Prädisposition	
- Ungewöhnlich hohes Einkommen des Geschädigten	Art. 43 Abs. 1 OR ("Verschulden und
- Gefälligkeit, Drittverschulden	sonstige Um-
- Missverhältnis zwischen Schuld und Schaden	stände")

Diese und eventuelle weitere Faktoren hat der Richter zu würdigen, zu vergleichen und untereinander abzuwägen, um schliesslich von seinem Ermessen 29) für eine Einzelfallentscheidung 30) Gebrauch zu machen 31).

28) Vgl. etwa Stark RZ 309 ff; Oftinger I 263 ff; Keller 97 ff; Deschenaux/Tercier 242 ff; eingehend Brehm 510 ff, unter Verarbeitung der Gerichtspraxis

29) Worauf etwa Oftinger besonderes Gewicht zu legen scheint, I 262, 264 N 9, 275, 279 f

30) ...nach Recht und Billigkeit, "ex aequo et bono"; vgl. oben (bei) Anm. 13, 16, 26; Horn 80; vgl. Kap. 1, A, Anm. 95 und 102

31) In dieses systematische Bezugsfeld dürfte auch die Schadenersatzbemessung für Schäden gehören, welche im Zusammenhang mit einem widerrechtlichen Zustand oder Vorgang entstanden sind, vgl. dazu den Aufsatz von Droin in Sem Jud 101 (1979) 147-164 "Peut-il avoir lieu à réparation d'un dommage qui trouve sa source dans une situation illicite ou immorale? Le concubinage constitue-t-il une telle situation? bes. S. 163 f

bb) Kausalhaftungsrecht

Da es auch in diesem Bereich ein subjektives Anknüpfungskriterium gibt 32), sind ähnliche Abstufungsüberlegungen denkbar. Berücksichtigung finden müsste hier namentlich die Materie, welche bisher unter der Flagge "Adäquanz" gesegelt ist 33). Dieser Faktor ist insofern sehr wohl abstufbar, als ein eingetretener Schaden durchaus eine etwas mehr oder etwas weniger intensive Beziehung zum gesetzlichen Haftungstatbestand, dem qualifizierten Schadenspotential, aufweisen kann. Mit zunehmender Schwäche dieser Intensität müsste dann eine Reduktion, bis zum völligen Wegfall der Schadenersatzpflicht erwogen werden 34).

cc) Risikobereichsabgrenzung

Unter diesem Gesichtspunkt müssten nach der hier vertretenen Auffassung bei der Schadenersatzbemessung die Begleitumstände berücksichtigt werden, welche bei der Schadensentstehung mitgewirkt haben. In einer immer mehr technisierten Welt, wo das Zusammenleben immer enger und der Spielraum für jeden Einzelnen immer knapper wird, wächst in gleichem Masse die generelle Schadensanfälligkeit jedes Einzelnen. Nicht nur dem potentiellen Schädiger ist es zumutbar, immer mehr schadensverhütende Massnahmen vorzukehren, sondern auch der von Schaden Bedrohte muss seine Eigenverantwortlichkeit im Hinblick auf die erwähnte Situation vermehrt wahrnehmen. Unterlässt er es, so ist diesem Umstand bei der Schadenersatzbemessung Rechnung zu tragen. Eine kontinuierlich sich entwickelnde Gerichtspraxis könnte allmählich ge-

32) Vgl. dazu im einzelnen Kap. 2, C I 3 m.w.H.

33) Hinweise oben in Anm. 26; die massgeblichen Reduktionsfaktoren (oben aa) müssten entsprechend auf die Kausalhaftungen übertragen werden

34) ...im Fall der heutigen "Inadäquanz"; vgl. dazu Stark, Probleme 38 ff, bes. 40 ff

wisse Regeln entwickeln, welche im Einzelfall zur Abgrenzung der gegenseitigen Risikobereiche herangezogen werden können 35). Wenn z.B. ein industrieller Betrieb von der Stromversorgung derweise abhängig ist, dass aus einer allfälligen Störung der Energiezufuhr ein unermesslicher Vermögensschaden entstehen kann, so muss man sich im Haftpflichtfall doch fragen, welche Vorkehrungen vom Geschädigten getroffen wurden, um in einem derartigen Fall den Schaden möglichst in Grenzen zu halten. Dabei dürften etwa Umstände in Betracht fallen wie die Länge und die Absicherung der Zufuhrleitung, die Zumutbarkeit der Einrichtung eines Notstromaggregates oder auch ganz einfach die Versicherbarkeit 36).

3. Zwischenergebnisse

Das Widerrechtlichkeitsurteil ist eine Ja-Nein-Entscheidung und verbietet auch von seinem objektiven Charakter 37) her den Einbezug von konkreten Umständen des Einzelfalles. Dies ist ein erster grundlegender Unterschied zwischen Widerrechtlichkeit und Verschulden, welches als Haftungsvoraussetzung seinerseits erlaubt, gewisse spezielle Sachlagen zu berücksichtigen, wo es recht und billig erscheint.

III. Objektivierung und Subjektivierung

Dieser Aspekt hängt eng mit dem vorangehend dargestellten zusammen, indem ein höherer Objektivitätsgrad in der Beurteilung sich im wesentlichen dadurch auszeichnet, dass weniger Umstände und besondere Verhältnisse des Einzelfalles einbezo-

35) Vgl. dazu Bürge 66 ff; Hager, bes. 56; Huber, bes. 681 f

36) Bürge 68 ff; in diesem Zusammenhang erwähnt Bürge nebst Versicherbarkeit, "zumutbaren Vorkehrungen" auch die "soziale Verknüpfung"; vgl. dazu auch Hager 53 ff. Vieles von dem, was Mädrich an durchdachten Inhalten vermittelt, gehört m.E. hierher, vgl. bes. S. 96 ff und 110 ff; Lanz 182 ff. Lorenz, Verkehrspfl. 52; Kramer 134,132

37) Dazu hienach III

gen werden und die Erwägungen somit in abstrakteren Bahnen verlaufen. Damit ist auch angedeutet, dass eine objektive Betrachtungsweise sich von der subjektiven weniger durch qualitative, als durch graduelle Verschiedenheit unterscheidet. Die Tatsache, dass unser System des Haftpflichtrechts auf einem selbständigen und objektiven Widerrechtlichkeitsbegriff beruht 38), bedeutet für die rechtsanwendenden Instanzen, dass sie sich bei der Beurteilung der Widerrechtlichkeit nicht auf die Perspektive des Schädigers einlassen dürfen 39), sondern über die Rechtswidrigkeit gleichsam von höherer Warte aus entscheiden sollen 40). Die subjektivierende Beurteilungsweise mit Berücksichtigung der inneren Einstellung und besonderen Gegebenheiten beim Schädiger ist damit nicht ausgeschlossen, aber in den Bereich des Verschuldens verwiesen; hinsichtlich der Schuldform Fahrlässigkeit ist dabei jedoch insofern Zurückhaltung geboten, als zum Vorteil des Geschädigten und Haftpflichtklägers ein abstrahierender und typisierender Massstab gilt 41).

Grob vereinfacht ausgedrückt stellt das Verschulden die innere Beziehung des - individuellen - Schädigers zu den "vorgefundenen" Kausalabläufen dar, währenddem die Widerrechtlichkeit als äussere Beziehung zwischen eben diesem Sachverhalt und der Rechtsordnung möglichst objektiv durch den Rich-

38) Oben 1. Abschn., bes. B

39) Anders etwa die "Imperativtheorien" und ihre tendenziellen "Sympatisanten" (wenigstens bezüglich gewisser Aspekte davon) in der Schweiz, vgl. oben 1. Abschn. A II; anders auch die Vertreter der "Sozialadäquanz" (1. Abschn. B II, Anm. 73), die sich offenbar nicht damit abfinden können, dass eine "verkehrsrichtig" (also schuldlos) zugefügte Verletzung objektiv rechtswidrig bleibt

40) Vgl. auch Kap. 2, C I 2 d aa und bb, bei Anm. 36

41) Kap. 2, C I 2 e cc

ter als aussenstehender Betrachter herzustellen ist. Die Grenze aber ist beim heutigen Stand der Wissenschaft fließend. Dieser Aspekt ist demnach mehr ein Hinweis, ein Behelf im Hinblick auf die in diesem Abschnitt zu behandelnde Abgrenzungsfrage.

Mit dieser Objektivität ist ganz selbstverständlich, eine gewisse "Aeusserlichkeit" verbunden, wodurch der Zusammenhang zwischen Widerrechtlichkeit und Schädigung eine ganz besondere Bedeutung erlangt, währenddem sich beim Verschulden ja von vornherein alle Begriffselemente darauf beziehen. Vor allem bei reinen Vermögensschäden können sich so über die Frage nach dem Schutzzweck einer verletzten Norm gewisse Hinweise im Hinblick auf das Abgrenzungsproblem ergeben; denn wo kein Schaden oder wenigstens Nachteil entstanden ist, da stellen sich auch keine Widerrechtlichkeitsprobleme 41a).

41a) Vgl. insb. Kap. 2, B I 5 a, Anm. 87; weitere Hinweise unten 4. Abschn. B I 1 (Anm. 9)

B. Personenschäden

I. Bisheriges Ergebnis

Die Widerrechtlichkeit liegt in der objektiv betrachteten Beeinträchtigung der physischen Integrität eines Menschen, ohne dass ein Rechtfertigungsgrund vorläge. Dagegen gehört die Prüfung eines Verstosses gegen Sorgfaltsregeln, Verkehrspflichten und Polizeivorschriften in den Bereich des Verschuldens, weil derartige Regelverletzungen Voraussehbarkeit und Vermeidbarkeit als Komponenten eines teilweise abstrahierten 42) Fahrlässigkeitsbegriffs bis zu einem gewissen Grad implizieren 43).

II. Bundesgerichtspraxis

Das Bundesgericht vertritt seit jeher die objektive Widerrechtlichkeitstheorie 44). Nachdem es diese in einer ersten Phase, welche bis etwa 1920 dauerte, entsprechend unserem soeben formulierten bisherigen Ergebnis aufgefasst hatte 45), ging es in einer zweiten Phase dazu über, in dem zu einer Körperverletzung führenden Verhalten eine Widerrechtlichkeit zu suchen; weil es vor allem damals noch viel weniger genügend klar fixierte Unfallverhütungsregeln gab, nahm es Zuflucht zum sogenannten Gefahrensatz, auf den es eine äusserst umfangreiche Rechtsprechung aufbaute 46). Damit war

42) Bei vollständiger Abstrahierung seines Inhalts wird der Verschuldensbegriff gegenstandslos und kann fallengelassen werden

43) Vgl. Kap. 2, C I 2 e dd

44) Oben 2. Abschn. A II 2

45) Grundlegend BGE 33 (1907) II 567 f, vgl. oben 2. Abschn. A III 2 (a)

46) Oben 2. Abschn., Anm. 42; vgl. allgemein das. A III 2 (b). So wurde denn auch etwa im Verstoss gegen Polizeivorschriften (Unfallverhütungsregeln, Kap. 2, C I 2 e dd) oder das (frühere) Motorfahrzeuggesetz die Widerrechtlichkeit von Personenschäden erblickt. BGE 56 II 372; 72 II 213; 95 II 96

eine vernünftige Abgrenzung zwischen Widerrechtlichkeit und Verschulden in diesem Bereich kaum mehr möglich 47).

Schliesslich kehrte es in jüngster Zeit wieder - wenn diese pointierte Ausdrucksweise gestattet ist - an seinen Ausgangspunkt zurück und erklärt heute nunmehr jeden Eingriff in die körperliche Integrität mangels besonderer Rechtfertigungsgründe als widerrechtlich 48).

III. Lehre

Theoretisch vertieft mit der Abgrenzungsfrage beschäftigt haben sich namentlich MERZ, KAENZIG, DARBELLAY sowie allenfalls noch PERRIG 49); das Problem wird auch bei OFTINGER und GIGER gestreift 50), aber diesen Darstellungen kann ich kaum ausdrückliche Erkenntnisse zur gestellten Frage oder Vorschläge zur praktischen Anwendung entnehmen.

Immerhin darf heute das eingangs formulierte "bisherige Ergebnis" wohl im wesentlichen als absolut herrschende Lehre bezeichnet werden; diese Aussage trifft vor allem dann zu, wenn es zulässig ist, aus der Qualifizierung von Personen- oder Sachschäden als per se widerrechtlich zu folgern, dass damit Verkehrspflichtverletzungen allein für das Verschulden

- 47) Besonders typische Beispiele: BGE 29 II 65; 51 II 520; 66 II 11 6 f und 168 f; 77 II 149 f (E 2); 80 II 251 ("Pour qu'on pût retenir un acte illicite à la charge de Gini, il faudrait que celui-ci eût commis une faute."); 93 II 92 (E 2 a.E.: Dieses widerrechtliche Verhalten "gereicht ihm zum Verschulden und begründet seine Haftung gemäss OR 41". Vgl. oben 2. Abschn. A III 2, bei Anm. 46 ff)
- 48) BGE 95 (1969) II 106; 108 (1982) II 62 (2. Abschn. A III 2 c); 108 II 311
- 49) Merz 315 f, ders. ZBJV 94 (1956) 66; Känzig 121 ff; Darbellay N 20 ff, 33 (52 ff) und insb. 79 ff, vgl. dazu aber oben 1. Abschn. A II 1 b; Perrig, Widerrechtlichkeit. Vg. auch Maurer 19 f und Staehelin 467 sowie Baader 85
- 50) Oftinger I 137; Giger, bes. 386 ff

relevant sind 51).

IV. Fazit

Ich glaube feststellen zu dürfen, dass meine auf analytischem Weg gewonnenen Ergebnisse mit dem heutigen Stand der überaus herrschenden Lehre übereinstimmt und dass die Rechtsprechung sich mindestens eindeutig anschickt, diese Haltung ebenfalls zu übernehmen.

51) In diesem Fall wären folgende Belege anzuführen (die Aufzählung ist natürlich nicht abschliessend): Komm. Becker N 40 zu OR 41; Komm. Oser/Schönenberger N 14 zu OR 41; Simonius 314 f; vWattenwyl 422 ff; vBüren 259; Stark RZ 260; Oftinger I 130; Känzig 119; Keller 68 oben; Merz 309; GMK 165; vTuhr I 409 und 411; Wiegand, recht 2 (1984) 19; vgl. vWattenwyl, Haftung 16f, 30

C. Sachschäden

I. Bisheriges Ergebnis

Die Rechtslage erscheint etwas weniger eindeutig. Immerhin darf man wohl festhalten, dass eine fahrlässige - a fortiori vorsätzliche - Beschädigung fremder Sachen ohne Rechtfertigungsgrund eindeutig fremde Eigentumsrechte beeinträchtigt und deshalb als widerrechtlich zu qualifizieren ist. Dasselbe gilt zweifellos auch für richtiggehende Diebstähle, Veruntreuungen und was das Strafgesetzbuch im ersten Abschnitt seines zweiten Titels im besonderen Teil sonst noch an Eigentumsdelikten nennt. Eingriffe ins Eigentum, welche keine eigentliche Sachbeschädigung darstellen und trotzdem Vermögensschäden nach sich ziehen, werden zur Kategorie der "reinen Vermögensschäden" gezählt 52). Hinsichtlich der Abgrenzung zwischen Widerrechtlichkeit und Verschulden gilt im übrigen, was bereits zu den Personenschäden ausgeführt wurde.

II. Bundesgerichtspraxis

Grundsätzlich kann hier ebenfalls auf die entsprechenden Ausführungen bei den Personenschäden verwiesen werden 53). Hervorhebenswert scheint mir die Tatsache, dass das Bundesgericht in diesem Bereich eigentlich früher auf die am Rechtsgut orientierte Beurteilung der Widerrechtlichkeit eingeschwenkt ist. An sich wendete es ja den Gefahrensatz auch auf Sachschäden an 54), und so auch in jenem Entscheid, den man gewissermassen als Vorboten der "Wende" betrachten könnte 55).

52) Oben Anm. 1a. Vgl. Kap. 2, B I 6 a

53) Oben B II

54) Oben 2. Abschn. A III 2, Anm. 52 m.w.H.; vgl. auch BGE 93 (1967) II 236, andererseits aber auch wiederum BGE 91 (1965) II 188

55) BGE 90 (1964) II 88

In Erwägung 2 hiess es dort nämlich:

"Für das Bestehen einer solchen Anspruchskonkurrenz ist in erster Linie erforderlich, dass die dem Verkäufer zur Last fallende Vertragsverletzung zugleich einen Verstoss gegen ein allgemeines Gebot der Rechtsordnung darstellt, indem sie Leib und Leben oder andere Rechtsgüter des Käufers oder Dritter unnötig gefährdet (BGE 64 II 258 f, 67 II 136, 71 II 114 E. 4, 77 II 151). Diese erste Voraussetzung wäre hier zweifellos erfüllt: Der durch den Mangel der Kaufsache ausgelöste Brand schädigte den Kläger an seinem Eigentum und war geeignet, ihn oder Dritte persönlich zu gefährden."

In späteren Entscheiden kam recht deutlich zum Ausdruck, dass dem Bundesgericht heute die in der Eigentumsverletzung selbst liegende Widerrechtlichkeit als Haftungsvoraussetzung im Sinne von Art. 41 Abs. 1 OR genügt 56).

III. Lehre

Widerrechtlichkeit und Verschulden werden auf die gleiche Weise auseinandergehalten, wie bei Personenschäden: die Beschädigung oder Zerstörung einer Sache verletzt den Eigentümer in seinen aus dem Recht fliessenden Befugnissen und verstösst gegen die zum Schutz des Eigentums aufgestellten allgemeinen Verhaltensnormen. Spezielle Verkehrspflichten, deren Verletzung die Integrität fremder Sachen zwar bedrohen kann, aber noch nicht unbedingt Eigentumsrechte verletzen muss, sind ausschliesslich bei der Beurteilung des Verschuldens heranzuziehen 57).

56) Oben, 2. Abschn. A III 2 (c), (bei) Anm. 51 und 53: BGE 96 II 177; 100 II 124; 102 II 87; 108 II 311

57) Es kann auf (oben) B III und die dortigen Belege verwiesen werden

IV. Fazit

Ich kann hier auf die bereits zu den Personenschäden angeführten Bemerkungen verweisen 58).

58) Oben B IV

D. Reine Vermögensschäden

I. Bisherige Ergebnisse

Das hier auftauchende Problem besteht darin, dass die Rechtsgüter kaum mehr klar abgegrenzt sind. Es stellt sich immer wieder die äusserst schwierige Auslegungsfrage, ob angerufene Schutzgesetze auch wirklich wenigstens mitbezwecken, selbst reine Vermögensschäden zu verhindern 59). Vor allem der Schutzbereich des in diesem Zusammenhang eher diffus anmutenden kollektiven Rechtsgutes "Treu und Glauben im Geschäftsverkehr" ist überaus schwierig auszustecken. Die praktisch in jedem Einzelfall notwendig werdende Interessenabwägung kann zuweilen kaum ohne jeden Einbezug des Verschuldens als subjektives Zurechnungskriterium vor sich gehen, weil in diesem Bereich noch nicht genügend Regeln zur Begründung der Widerrechtlichkeit entwickelt sind 60).

II. Bundesgerichtspraxis

Entsprechend uneinheitlich ist die Rechtsprechung. Das Bundesgericht erblickte Widerrechtlichkeitstatbestände in Verstössen gegen Treu und Glauben 61), einschliesslich jeder

59) Vgl. zu alldem Kap. 1, A II 1 c; Kap. 2, B I 6 a und C II 3 (Mittelteil); oben 2. Abschn. A III 3 a.E. sowie das. 4, bei Anm. 63 f. Jossi (15 f) zitiert Otto Mayer: "Wir befinden uns hier nicht in der friedlichen Abgeschlossenheit des Eigentums, wo Recht und Unrecht so einfach sind, wie Ja und Nein, sondern auf dem Tummelplatz eines nimmer ruhenden Kampfes widerstreitender Interessen." Zum Mangel an gesicherten dogmatischen Erkenntnissen in diesem Bereich Kramer 131 (Pt. 3 a.A.)

60) Oben A I 1, bei Anm. 3; Kap. 4, B II, bes. 2

61) BGE 40 (1914) II 612 (und dort zit. BGE); 57 (1931) II 86; 67 (1941) II 136; 80 (1954) II 54, 59; 88 (1962) II 279 ff; 89 (1963) II 248

absichtlichen Täuschung 62), in Straftaten 63), in Verletzungen des Aktienrechts 64), in Amtspflichtverletzungen 65), in einer Widerhandlung gegen das PVG 66), in einer Missachtung des bundesrechtlichen Begriffs der öffentlichen Beurkundung 67), in ehewidrigem Verhalten Dritter 68), in einem Verstoss gegen ein branchenspezifisches "Sicherheitszeichenreglement" 69) und schliesslich gar in der Schaffung eines leicht vermeidbaren Gefahrenzustandes für fremde Vermögen 70). Keine Widerrechtlichkeit bedeutete die Verhinderung der Anstellung einer Frau durch eine lokale Uhrengewerkschaft 71), die Abgabe einer unklaren Willenserklärung 72), die Verletzung vertraglicher Rechte durch Dritte 73), das ungerechtfertigte Erwirken von vorsorglichen Verfügungen, solange nicht jegliche sachliche Begründung dafür fehlt 74), sowie auch das nicht geradezu leichtfertige oder böswillige Einreichen von Straf- und anderen Anzeigen 75); an sich rechtmässige Handlungen werden nicht dadurch widerrechtlich, dass sie

- 62) 49 (1923) II 64 f (E. 2); 61 (19) II 233 f; 89 (1963) II 248; 108 (1982) II 421
- 63) BGE 71 (1945) II 154, 156 (Betrugsversuch); 91 (1965) II 405 (StGB 173 ff - Ehrverletzung); 101 (1975) II 72 f (E. 2) (Fälschung von Ausweisen gemäss StGB 252); 102 (1976) II 85 (Störung öffentlicher Betriebe, StGB 239)
- 64) BGE 32 (1906) II 278 f (aOR 671); 93 (1967) II 339 E. 5; 95 (1969) III 91 E. 6c; 106 (1980) II 235 (E. b, m.w.H.) (OR 728 f)
- 65) BGE 50 (1924) II 379 f; 79 (1953) II 438 f (= Pra 43, 1954, 221 f); 91 (1965) I 453; 103 (1977) Ib 68 (Amtspflichtverletzung nur angenommen bei Missbrauch oder Ueberschreitung des Ermessens, vgl. dazu Kap. 1, A III 2 c und dortige Hinweise); unveröffentlicher BGE vom 2. November 1965 ("C 24/65") i.S. Mercier/Waadt, S. 8 ff
- 66) BGE 75 (1949) II 210 ff (= Pra 38, 1949, Nr. 174); Es ging um die Konkurrenzierung einer Transportfirma, der die PTT ein Transportmonopol konzedierte hatte
- 67) BGE 90 (1964) II 281 (E. 5); vgl. dazu ev. auch BGE 42 (1916) II 661 ff
- 68) BGE 109 (1983) II 5 f; vgl. 78 (1952) II 291 f und 84 (1958) II 331

das Schuldbetreibungs- und Konkursrecht unter bestimmten Voraussetzungen als anfechtbar erklärt 76); und schliesslich kann sich nicht auf unerlaubte Handlung berufen, wer bei der Schaffung des widerrechtlichen Zustandes, aus dem Schädigung entstanden ist, selbst mitgeholfen hat 77).

Dazu drängen sich vorerst zu folgenden zwei Punkten einige Bemerkungen auf:

1. Schon der übersichtsartigen Zusammenstellung kann entnommen werden, wie oft hier Widerrechtlichkeit und Verschulden ineinander fliessen; sehr häufig wird einfach ausgeführt, in diesem oder jenem Vorgang liege ein "widerrechtliches und schuldhaftes" Verhalten des Schädigers.

a) Bei verschiedenen Entscheiden fragt es sich, ob der erforderliche Schutzzweck für Privatvermögen genügend gründlich geprüft wurde; diese Frage stellt sich vor allem bei den Tatbeständen Treu und Glauben, bei Amtspflichtverletzungen und unter Umständen auch bei Straftaten; hinsichtlich

- 69) BGE 94 (1968) I 639 ff; vgl. aber hienach Pt. 1 a
- 70) Oben 2. Abschn. A III 2 (b) a.E.: BGE 93 (1967) II 339 f (E. 5); vgl. dazu Merz, ZBJV 100 (1963) 480 f (zu BGE 89 II 248, oben Anm. 61)
- 71) BGE 30 (1904) II 282 ff: es gebe kein Recht auf Arbeit, die freie Wirtschaftsordnung bringe derartige Benachteiligungen unvermeidbar mit sich...
- 72) BGE 35 (1909) II 441
- 73) BGE 52 (1926) II 376 f, vgl. zu diesem Themenkreis die Arbeiten von Eulau und Müller A.
- 74) BGE 88 (1962) II 281; 93 (1967) II 183 (E. 9); vgl. Merz, ZBJV 99 (1962) 374. M.E. sollten derartige Fragen im Prozessrecht eine abschliessende Regelung finden
- 75) BGE 14 (1888) 646 ff; 17 (1891) 162, 676; 20 (1894) 146 ff; 22 (1896) 80 ff; 33 (1907) II 617; 39 (1913) II 222; 41 (1915) II 352 f; 44 (1918) II 432
- 76) BGE 95 (1969) III 91
- 77) BGE 98 (1972) II 28 f (= Pra 61, 1972, 372 f): der Klä-

des Gefahrensatzes stellt sie sich eigentlich kaum, sondern muss wohl eindeutig verneint werden. Diesbezügliche Zustimmung verdient der Entscheid, welcher die Vermögens-Schutzfunktion eines branchenspezifischen Reglementes verneint hatte.

b) Wenn bei Amtspflichtverletzungen ausgeführt wird, sie bestünden in Handlungen, welche eine normal gewissenhafte Amtsperson im allgemeinen nicht vornehmen würde oder ähnlich, so gibt es zwischen Widerrechtlichkeit und Verschulden keinerlei Unterschied mehr 78).

c) Das ungerechtfertigte Erwirken von gerichtlichen Verfügungen bzw. Ergreifen anderer Rechtsmittel 79) kann nicht generell als widerrechtlich betrachtet werden, wie CASANOVA im wesentlichen mit meiner Auffassung übereinstimmend darlegt 80); wo absolute Rechtsgüter verletzt werden, meine ich aber nach wie vor, dass die Widerrechtlichkeit per se gegeben ist. Im übrigen kann sie nur in der Verletzung prozessualer Verhaltensvorschriften liegen 81); dass der Uebergang zur objektiven Fahrlässigkeit dabei als fliessend erscheint, dürf-

ger hatte für ein Grundstück bei einem öffentlich beurkundeten Preis von Fr. 73'000.-- tatsächlich einen Betrag von Fr. 219'000.-- bezahlt; nach dem Weiterverkauf wurde er mit der vollen Grundstückgewinnsteuer belastet und wollte den Verkäufer für einen Teil davon belangen ... Es dürfte hier gewissermassen Einwilligung des Verletzten, also ein Rechtfertigungsgrund vorliegen

78) So z.B. BGE 79 (1953) II 439. Das Kriterium des Missbrauchs oder der Ueberschreitung von Ermessen ist da möglicherweise überzeugender, vgl. die Verweise oben Anm. 65

79) Vgl. zu diesem Problemkreis die Diss. von Casanova (Literaturverzeichnis)

80) Casanova 105 ff, bes. 111

81) Casanova 111

te unumgänglich sein 82).

d) Strafanzeigen verletzten den Betroffenen grundsätzlich in den persönlichen Verhältnissen, welche unter dem Schutz namentlich von Art. 28 ZGB stehen 83), woraus sich die schadenersatzrechtliche Widerrechtlichkeit gemäss Art. 41 Abs. 1 OR abschliessend ergibt 84), denn eine daraus entstehende Vermögenseinbusse dürfte als ersetzbarer Folgeschaden zu qualifizieren sein 85). Erweist sich die Anzeige als berechtigt, so entfällt die Widerrechtlichkeit ohne weiteres - aus welchen Gründen auch immer 86).

e) Zustimmen möchte ich hinsichtlich des hier fraglichen Aspekts den Entscheiden, welche die Beurteilung von Straftaten, von Aktienrechtsverletzungen, von Verstössen gegen eine postverkehrsrechtliche Monopolkonzession und gegen den Begriff der öffentlichen Beurkundung zum Gegenstand haben 87). Gemessen an den bisher erarbeiteten allgemeinen Kriterien erfüllt die darin zum Ausdruck kommende Auffassung von Widerrechtlichkeit folgende Merkmale: es wird ein "relativ" objektives Werturteil im Sinne einer Ja-Nein-Entscheidung gefällt und ein nicht völlig objektivierter Fahrlässigkeitsbegriff hat daneben noch Platz; auch die vermögensschützende

82) Illustrativ ZR 44 (1945) Nr. 139 und ZR 64 (1965) Nr. 159

83) BGE 17 (1891) 162; 32 (1906) II 82; 44 (1918) II 432

84) BGE 109 (1983) II 6 (vgl. Anm. 87); Kap. 4, A II 3. Dasselbe dürfte im Fall der Schadenszufügung durch professionelle Informationsvermittler zutreffen, vgl. BGE 31 (1905) II 429 ff; 43 (1917) II 238 f

85) Vgl. entsprechend Stark RZ 55 (Verdienstausschlag) oder RZ 146 ff (Nutzungsausfall); B II 2

86) Der Betroffene gibt seinen Persönlichkeitsschutz hinsichtlich der begangenen Straftat quasi freiwillig preis - ebenfalls eine Art "Einwilligung des Verletzten"

87) Oben Anm. 63, 64, 66 und 67; durchaus klar aber auch BGE 109 (1983) II 5 f: die Widerrechtlichkeit liegt in der Verletzung der persönlichen Verhältnisse, oben Anm. 84

Funktion der als verletzt erkannten Normen möchte ich in erster Prüfung bejahen 88).

2. In jüngster Zeit scheint das Bundesgericht von der These abzurücken, dass jede Verletzung von Treu und Glauben eine schadenersatzrechtliche Widerrechtlichkeit bedeute 89). Generelle Kriterien zur Begrenzung des Schutzbereichs von Verhaltensnormen, welche sich aus Art. 2 ZGB ergeben, in konkreten Fällen, wurden aber meines Wissens bisher nicht entwickelt. In seiner allgemeinen Tendenz entspricht das Urteil aber durchaus den in meiner Arbeit vertretenen Auffassungen 90). Die in der Problematik liegende Crux folgt auf dem Fuss, wenn man so sagen darf, indem das Bundesgericht weiter ausführt: "Eine solche Pflicht könnte höchstens dort in Erwägung gezogen werden, wo mit der Zahlungsunfähigkeit des Generalunternehmers 91) aufgrund konkreter Anhaltspunkte von Anfang an gerechnet werden muss"... ist das noch Widerrecht-

- 88) Eingehend dazu Kap. 4, bes. B I; verneint wurde dies - m.E. einleuchtend - für den Tatbestand der Brandstiftung, weil er keinerlei Schutz vor Vermögensschäden wie etwa Feuerwehraufwendungen bezwecke: BGE 104 (1978) II 99
- 89) So ausdrücklich BGE 108 II 311 (die Kläger hatten eine Gemeinde ins Recht zu fassen versucht, weil ein Teil ihrer Werklohnforderung bei der konkursiten Generalunternehmerin der Gemeinde uneinbringlich war, vgl. dazu Wiegand, recht 1 [1983] 100): "Als Rechtsnorm, aus der sich eine besondere Schutzpflicht der Beklagten ergeben haben soll, wird in der Berufung einzig Art. 2 ZGB genannt. Der Grundsatz des Handelns nach Treu und Glauben knüpft jedoch, wie sich aus dem Wortlaut von Art. 2 Abs. 1 ZGB ergibt, an bereits bestehende Rechte und Pflichten einer Person an: "Jedermann hat in der Ausübung seiner Rechte und in der Erfüllung seiner Pflichten nach Treu und Glauben zu handeln." Wo jemand weder nach Vertrag noch nach Gesetz zu einem bestimmten Verhalten verpflichtet ist, kann eine solche Pflicht höchstens in eng umgrenzten Ausnahmefällen selbständig aus Art. 2 ZGB abgeleitet werden. Es würde jedenfalls zu weit führen, dem Besteller eines Werks gestützt auf Art. 2 ZGB allgemein die Pflicht aufzuerlegen zu wollen, beim Abschluss und bei der Abwicklung eines Generalunternehmervertrages geeignete Vorkehren dafür zu treffen, dass die vom Generalunternehmer zu be-

lichkeit oder doch schon Verschulden 92)?

III. Lehre

Was STARK zu den Reflexschäden ausführt 93), gilt nach meiner Meinung entsprechend für das bei reinen Vermögensschäden bestehende Abgrenzungsproblem zwischen Widerrechtlichkeit und Verschulden mit durchaus ähnlichen Schwierigkeiten: eine allgemein anerkannte dogmatische Lösung wurde bisher nicht gefunden. Einen beachtenswerten Hinweis auf der Suche nach dem richtigen Weg stellt nach meiner Ansicht die Idee KAENZIGS dar, nach "Verhaltensnormen mit Schädigungstatbestand" zu forschen, indem eben das Problem des Normzwecks eine typische Erscheinung der allgemeinen Widerrechtlichkeitsproblematik darstellt 94).

Nicht zustimmen kann ich dagegen der in der Lehre immer noch weit verbreiteten Meinung, ein Verstoss gegen Treu und Glauben sei grundsätzlich als widerrechtlich zu betrachten 95).

zahlenden Handwerker für ihre Werklohnforderungen auch wirklich befriedigt werden."

- 90) Wiegand begrüsst die entsprechenden Aussagen ebenfalls und führt dazu aus (a.a.O. Anm. 89, S. 104): "Das Bundesgericht tritt mit aller wünschenswerten Deutlichkeit Versuchen entgegen, aus Art. 2 ZGB eine generelle Verhaltensnorm abzuleiten, deren Verletzung die Widerrechtlichkeit im Sinne des Deliktrechts begründen könnte."
- 91) (Immer noch BGE 108 II 311)... also eigentlich mit dem Schaden!
- 92) Vgl. diesbezüglich auch BGE 80 II 54 ff. Für weitere Ueberlegungen vgl. Kap. 4, B II
- 93) Stark RZ 164. Vgl. oben Anm. 60 m.H. auf Kramer
- 94) Oben A III a.E.; unten 4. Abschn. B I 1 m.w.H.; der entsprechende Hinweis auf Känzig findet sich in Anm. 87 (Kap. 2, B I 5 a). Hinweise auf Verhaltensnormen zum Schutz des Vermögens enthält auch die Arbeit von Müller A. 17 f mit Bsp.
- 95) Oftinger I 130; vWattenwyl, Haftung 14 f; Komm. Becker N 71 ff zu OR 41 (worin läge sonst die Widerrechtlichkeit?); Komm. Oser/Schönenberger N 9 (Mitte) zu OR 41; Keller/Landmann T. 44 f; Yung 110; Desax 42; vgl. auch

Es wird auch auf die besonderen Abgrenzungsschwierigkeiten in diesem Bereich hingewiesen 96); eine längere Darstellung im Kommentar BECKER illustriert sie plastisch 97), obwohl gerade dieser Autor auf die Trennung von Widerrechtlichkeit und Verschulden Wert zu legen scheint 98).

IV. Ausblick

Im Bewusstsein der aufgezeigten Schwierigkeiten ist zu versuchen, sich nach Möglichkeit an die herausgearbeiteten, ganz allgemeinen Erkenntnisse und Leitideen anzulehnen. Irgendwelche feststehenden Abgrenzungskriterien wurden bisher nicht entwickelt - noch weniger als bei anderen Rechtsproblemen.

Für die Rechtspraxis erschiene es vor allem bedeutungsvoll, etwas zur Herausarbeitung und Konkretisierung der in Art. 2 ZGB enthaltenen Verhaltensnormen beizutragen, welche für die ausservertragliche Haftung gemäss Art. 41 Abs. 1 OR massgebend sein können - mit anderen Worten, das Verbot treuwidrigen Verhaltens auf seine schadenersatzrechtlich relevante Dimension zu begrenzen 99). Dieses Ziel aber muss für die vorliegende Arbeit wohl "Ausblick" bleiben.

Müller A. 51 ff, bes. 51 N 76 und 68, anders Merz, (Berner) Komm. N 84 zu ZGB 2 sowie offenbar auch vTuhr I 417; Stark RZ 276 ff m.w.H.; eher ablehnend auch Keller 69 oben; vgl. auch Zeller 411, These Nr. 4, das. 8 ff; Fischer 26 f, 28; Kap. 4, B II 1

96) Nictlispach 65 (Mitte)

97) Komm. Becker N 71 ff zu OR 41

98) a.a.O. N 38 a.E. zu OR 41

99) Diese Frage kehrt sozusagen unaufhörlich wieder, wenn man sich mit Haftpflichtproblemen beschäftigt, handle es sich nun um Grundsatz- oder Detailfragen; vgl. auch schon Kap. 1, B III 3 d a.E.; Kap. 4, B II, bes. 3

4. Abschnitt

Besondere Zurechnungsprobleme

Vorbemerkung:

Nach den vorangegangenen, verhältnismässig eingehenden Studien von Grundsatzfragen beschränke ich mich im folgenden auf einige Gedanken zu den Folgerungen, welche sich im Hinblick auf konkrete Rechtsprobleme ergeben, die sich in der Praxis immer wieder stellen.

A. Verschuldenszusammenhang

I. Der "Holzfäller-Entscheid" 1) als Leading Case

1. Der Fall

Eine Gemeinde versties gegen das forstpolizeiliche Verbot, Holz "auf dem Stocke" anzuweisen. Als die "Angewiesenen" die entsprechenden Stämme fällen liessen, verunglückte ein Holzarbeiter dabei tödlich. Seine Angehörigen versuchten nun, die Gemeinde für die Folgen des Unglücks zivilrechtlich haftbar zu machen.

Die erste Instanz scheint zum Schluss gekommen zu sein, "ein die beklagte Gemeinde zum Schadenersatz verpflichtendes aquilisches Verschulden" liege eben in der Abgabe von Holz auf dem Stock durch die Gemeinde entgegen der erwähnten forstpolizeilichen Vorschrift.

Der zweiten Instanz warf das Bundesgericht vor, rechtsirrtümlicherweise darin eine unzulässige Erweiterung des (damaligen) allgemeinen Deliktstatbestandes von Art. 50 a OR zu erblicken. Damit zog es das Problem gewissermassen von der

1) Fall Michel, BGE 30 (1904) II 567 ff

Ebene des Verschuldens auf diejenige der Widerrechtlichkeit.

"Wenn Art. 50 OR die Haftung aus unerlaubten Handlungen an das Tatbestandsmoment einer Widerrechtlichkeit, Rechtswidrigkeit, knüpft, so stellt er nicht selber die Norm darüber, was erlaubt und was unerlaubt sei, auf, sondern er setzt das Bestehen von Rechtsätzen, Normen, Geboten und Verboten, die zum Schutze der Rechtsgüter der Gesamtheit und der Einzelnen aufgestellt sind, voraus, und setzt lediglich die Schadenersatzpflicht für deren Uebertretung und die näheren Voraussetzungen hiefür fest; in jenen Rechtssätzen aber ist die gesamte Rechtsordnung inbegriffen, gleichviel aus welcher Rechtsquelle ein Rechtssatz herfliesst; von einer "Erweiterung" des Art. 50 OR durch eine forstpolizeiliche Vorschrift kann daher nicht gesprochen werden. Dagegen trifft die Vorinstanz in der Sache selbst das richtige. Denn: Auch wenn im Vorgehen der beklagten Gemeinde die Uebertretung forstpolizeilicher Vorschriften läge, so könnte doch diese Uebertretung unmöglich als zum Schadenersatz verpflichtendes, mit dem Unfall des Michel im Kausalzusammenhang stehendes schuldhaftes Handeln der Beklagten angesehen werden. Jene forstpolizeilichen Vorschriften bezwecken ja den Schutz des Waldes, nicht den Schutz des Lebens oder der Gesundheit Einzelner; ihre Uebertretung bedeutet daher nicht eine schuldhaft Handlung wider Einzelne und steht ausser allem rechtlichen Zusammenhang mit dem Schutz dieser Einzelnen und danach auch mit dem Unfall."

2. Stellungnahmen

In der Schweiz hat kaum jemand etwas über das Problem der Widerrechtlichkeit geschrieben, ohne diesen Fall zu erwähnen

2). Obwohl MERZ bereits im Jahre 1955 darauf hingewiesen hatte, dass es sich um eine Funktion des Verschuldens (und nicht der Widerrechtlichkeit) handle, herrscht bis heute eine ge-

- 2) Beispielsweise befassen sich mit ihm: Oftinger I 131 N 21 und 23; Känzig 116 ff; Merz 318 und 320; vTuhr I 416 N 58; GMK 166; Komm. Oser/Schönenberger N 11 zu OR 41; Komm. Becker N 40 zu OR 41; Deschenaux/Tercier § 6 RZ 26; Stark, Grundeigentümerhaftung 147, ders. RZ 269; Maurer 57 N 30 usw.

wisse Verwirrung 3).

Ich erinnere nochmals kurz daran, dass nach den bisherigen Erkenntnissen das Schweizerische Recht für einen objektiven und selbständigen Widerrechtlichkeitsbegriff optiert. Konsequenterweise lässt dieser keine Rechtsgutverletzungen unter Anrufung erlaubter Betätigungen zu. Unsere Betrachtungen zum Verschuldens-, insbesondere Fahrlässigkeitsbegriff, zu den Widerrechtlichkeitstheorien sowie zur Abgrenzungsfrage haben im wesentlichen zum Ergebnis geführt, dass im Fall einer Körperverletzung die Widerrechtlichkeit in eben diesem Tatbestand enthalten und damit abschliessend erstellt ist.

Im vorliegenden Fall liegt die Widerrechtlichkeit demzufolge endgültig im Tod des Waldarbeiters im Sinne einer Beeinträchtigung seiner körperlichen Integrität, einer Verletzung seines Rechts auf Leben. In der Folge wäre richterweise weiter zu prüfen, ob als Anknüpfungspunkt ein Haftungstatbestand vorliegt, nämlich schuldhaftes Verhalten. Dieses könnte darin erblickt werden, dass die Gemeinde bzw. deren Vertreter als zuständige Organe das Holz auf dem Stock anwiesen, obwohl sie dies nicht durften. Oberflächlich betrachtet erscheint der Verstoss gegen eine solche Bestimmung in durchaus voraussehbarer Weise als geeignet, zur natürlichen Ursache eines derartigen Unfalls zu werden; hinsichtlich Vermeidbarkeit muss man sich sagen, dass die Beachtung der fraglichen Vorschrift die Gemeinde dazu geführt hätte, den Holzschlag unter

- 3) Vgl. Maurer 21 f, 55 ff m.w.H.; vgl. Deschenaux, norme 418. Das Bundesgericht nannte all diese Fragen bis vor kurzem Probleme des adäquaten Kausalzusammenhanges: BGE 30 II 572; 75 II 212 f; 79 II 438; 94 I 642 f; 101 Ib 255; 102 II 90. Vgl. dazu auch Keller 42, 47; vBüren 51 f; vTuhr I 1. A. (1924) 331; 2. A. (1942) 355 f; anders 3. A. (1979) 416 (N 59); Oftinger I 2. A. (1958) 49 f und 113 f, N 19; ders. 4. A. (1975) 131 N 24; GMK 166; Komm. Becker N 40 zu OR 41

forstamtlicher Leitung selbst vorzunehmen, wodurch zumindest der eingetretene Unfall weggefallen, also vermieden worden wäre.

Dieser bestechend eindeutige Zusammenhang mutet bei näherer Betrachtung höchst künstlich an und erweist sich als völlig zufällig. Das Bundesgericht hält richtig fest, dass die forstpolizeiliche Vorschrift "ja den Schutz des Waldes, nicht den Schutz des Lebens oder der Gesundheit Einzelner" bezweckt. Sie wäre dann als Grundlage des Verschuldens heranzuziehen, wenn die Widerrechtlichkeit in einer Schädigung des Waldes selbst läge.

Die Irrelevanz der erwähnten forstpolizeilichen Bestimmung für das Verschulden und damit das Fehlen eines Verschuldenszusammenhangs ergibt sich auch aus folgender Ueberlegung: wollte man die Gemeinde für den entstandenen Schaden haftbar machen und also Voraussehbarkeit und Vermeidbarkeit der zum Unfall führenden Kausalabläufe für die verantwortlichen Gemeindebehörden annehmen, so würde nichts daran ändern, ob die fragliche Vorschrift bestünde oder nicht.

II. Weitere Kasuistik

Diese beschränkt sich in der Hauptsache auf Schulbeispiele. Es geht hier im wesentlichen um die bereits früher einmal erwähnte "Relevanz der Vermeidbarkeit" 4). Ein "Klassiker" ist das Beispiel, wo ein Automobilist innerorts mit überhöhter Geschwindigkeit eine erste Strassenkreuzung passiert, ohne dass etwas geschieht; an der zweiten Kreuzung mässigt er zwar sein Tempo bis zu korrekter Fahrweise, kollidiert aber trotzdem mit einem von links kommenden Fahrzeug. Die vorherige

4) Kap. 2, C I 2 e bb, Anm. 74

übersetzte Geschwindigkeit bildete zwar eine schuldhaftige Verletzung von Strassenverkehrsvorschriften und führte natürlich kausal zum vorgefallenen Unfall, erweist sich jedoch als rein zufällige Bedingung desselben 5). Eine Haftpflicht aus Verschulden könnte dem fraglichen Automobilisten nicht auferlegt werden.

Entsprechend einem wirklichen Fall 6) könnte man folgendes weitere Beispiel bilden: angetrunkenen Radfahrern ist es verboten, am Strassenverkehr teilzunehmen; wird jedoch ein betrunkenen Radfahrer in einen Unfall verwickelt, obwohl er sich absolut verkehrsrichtig verhalten hatte, so kann er nicht aus Verschulden zur Verantwortung gezogen werden, weil seine Trunkenheit in keinerlei Zusammenhang mit der eingetretenen Schädigung steht. Das Beispiel lässt sich auch so abwandeln, dass ein Fahrer ohne Führerausweis an einer entstandenen Kollision völlig unschuldig sein kann 7).

Der Verschuldenszusammenhang wurde aber auch schon bejaht: so bezwecken die Verbote von Selbstschussanlagen nicht zuletzt auch den Schutz einzelner vor Körperschäden durch solche Anlagen 8).

B. Widerrechtlichkeitszusammenhang

I. Begriff

1. Haftpflichtbegründende Normen und Vermögensschutz

Schon verschiedentlich wurde darauf hingewiesen, dass der mit

5) ...indem nämlich der Automobilist die Unfallstelle durch seine frühere Fahrweise um einige Sekunden früher erreichte. Vgl. dazu Walder, Kausalität 151 f; ders. Probleme 177 ff

6) Vgl. SemJud 1956 239

7) Vgl. BGE 34 II 295

8) BGE 91 II 284 f; 41 II 685 f

diesem Titel angedeutete Zusammenhang schon für den Begriff der Widerrechtlichkeit von eminenter Bedeutung ist 9). Vereinfacht ausgedrückt können für das Verschulden durchaus Verhaltenspflichten mit blossem Gefährdungstatbestand massgebend sein; sie sollen bereits vor drohender Gefahr bewahren und sind schon dann verletzt, wenn noch gar kein eigentlicher Schaden eingetreten ist 10). Demgegenüber kann Widerrechtlichkeit nur aufgrund von "Verhaltensnormen mit Schädigungstatbestand" bestehen 11), welche in dem Sinn gewissermassen als "erfolgsqualifiziert" erscheinen, als sie erst dann verletzt sein können, wenn auch tatsächlich eine Beeinträchtigung, im Fall von reinen Vermögensschäden wohl am ehesten geradezu ein Schaden entstanden ist.

2. Normzwecke, Schutzzwecke und Schutzbereiche

Mit diesen drei Ausdrücken sind die Kriterien angedeutet, welche zur Bestimmung des Widerrechtlichkeitszusammenhanges heranzuziehen sind; sie betreffend ausschliesslich Verhaltensnormen mit Schädigungstatbestand. Mit der Bezeichnung "relation normative" will DESCHENAUX 12) offenbar einen umfassenderen Begriff entwerfen; denn wenn er darunter auch die Prüfung von (bisherigen) Adäquanzproblemen verstanden wissen will, so bezieht er damit Aspekte ein, welche ich zum Problembereich des Verschuldens rechne.

9) Kap. 1, A IV a.A. (Anm. 98 f); Kap. 2, B I 5 a (a.E.); Kap. 2, 2. Abschn. Anm. 45; 3. Abschn. A III a.E.

10) So insb. die Unfallverhütungsregeln gemäss Kap. 2, C I 2 e dd; im Bereich der reinen Vermögensschäden dürften derartige Verkehrspflichten weniger einen eigentlichen Rechtsgüterschutz anstreben, als viel eher bezwecken, das Vermögen als solches selbst vor Schaden zu bewahren. Dadurch nähern sich Widerrechtlichkeit und Verschulden einander in diesem Bereich wieder

11) Vgl. Känzig 109 ff

12) Deschenaux, norme 429, bes. dortiger Pt. 4

Der Titel klingt bewusst an die (deutschen) Normzwecktheorien 13) an, zu welchen ohne Zweifel Parallelen bestehen; eine vertiefte Auseinandersetzung mit Detailfragen und Besonderheiten von bestehenden Theorien ist jedoch nicht beabsichtigt.

II. Teilaspekte

1. Begrenzung des Schutzbereichs für Personen 14)

Bei Sach-, Personen- und auch gewissen sonstigen Schäden liegt die Widerrechtlichkeit in der Verletzung von absoluten Rechten. Ihr Schutzbereich beschränkt sich auf die Träger dieser Rechte 15). Eine Ausweitung ist strikte abzulehnen, da andernfalls ein Begrenzungskriterium nicht mehr ersichtlich ist.

Rechtsvorschriften mit Schutzwirkung vor reinen Vermögensschäden kennen keine derartigen Grenzen. Das liegt im Wesen dieser Normen und lässt sich nicht ändern. Jeder, der in seinem Vermögen nachteilig betroffen ist, kann sich auf sie berufen 16).

13) Vgl. dazu (mit zahlreichen verschiedenen Nuancierungen) Esser 535 ff; Larenz 408 ff; Serozan 452 ff; eingehend Lanz 94 ff, vgl. auch 182 ff; Mädrich 76 ff; Überall ist hier nochmals der Vorbehalt anzubringen, dass ich gewisse Aspekte dieser Theorien anders einordne, vor allem weil ich Wert lege auf ihren Bezug zu den mehr subjektiven Zurechnungskriterien (vgl. insb. Kap. 2, C I 3, Anm. 122, 127, 129, je a.E.; Kap. 3, 3. Abschn. A II 2 e cc, Anm. 36)

14) Vgl. dazu Deschenaux, norme 416 ff

15) Giovannoni ist wohl zuzustimmen, wenn er am Schutzbereich auch obligatorisch Berechtigte teilhaben lassen will, vgl. *dommage indirect* 43 f; v Bieberstein 429 m.w.H., 431 f

16) Das gilt für die Haftung aus OR 41; der spezielle Haftungstatbestand z.B. von ZGB 679 schützt vor Eigentumsüberschreitungen nur Nachbarn (BGE 83 II 375; 88 II 252)

Hauptsächlich ist mit diesen Stichworten das Problem der "indirekten" oder "Reflexschäden" angesprochen 17).

2. Begrenzung des Schutzbereichs für Interessen 18)

Die einzelnen Widerrechtlichkeitstatbestände sind wiederum auseinanderzuhalten. Das Recht auf körperliche Integrität entwickelt Schutzfunktionen in erster Linie hinsichtlich der unmittelbar aus seiner Verletzung entstehenden Kosten, wie Pflege-, Arzt-, Spital- und Medikamentskosten sowie bei Tod die Beerdigungskosten; das Gesetz sieht ausdrücklich sogar eine Art Reflexschadens-Ersatzpflicht vor und zwar für den sogenannten Versorgerschaden. Zu ersetzen sind aber eben auch Folgeschäden wie Erwerbsausfall, besondere Umtriebe und Erschwernisse im täglichen Leben usw. 19). Beim Sachschaden fällt diesbezüglich Nutzungsausfall in Betracht 20). Verletzung in den persönlichen Verhältnissen kann Kredit-schädigung nach sich ziehen oder Verlust an Kundschaft und damit Umsatzeinbussen zur Folge haben.

Das gesetzliche Erfordernis einer Konzession für periodische Busfahrten zum Zweck der Personenbeförderung auf bestimmten Strecken bezweckt ausser der Garantie dieses staatlichen Monopols an sich auch den Schutz vor unliebsamer Konkurrenz durch nicht konzessionierte Unternehmen auf der gleichen Strecke 21). Der bundesrechtliche Begriff der öffentlichen Beurkundung mit seinen Anforderungen an die Sorgfalt und Fähigkeit des Notars dient vorwiegend dem Schutz der Beteiligten vor Verlusten 21). Dagegen sollen Vorschriften über Si-

17) Unten III

18) Vgl. dazu Deschenaux, norme 418 ff

19) OR 45 und 46; vgl. Stark RZ 58 ff; oben 3. Abschn. C, bes. I

20) vBieberstein 411 ff, bes. 431 f; Oftinger I 60

21) BGE 75 II 212 f (oben 3. Abschn., Anm. 66)

22) BGE 90 II 281 f (E. 6) (a.a.O., Anm. 67)

23) BGE 94 I 642 (a.a.O., Anm. 69)

cherheitsvorrichtungen an elektrischen Apparaten nur das Publikum vor den Gefahren der Elektrizität schützen und nicht Schweizer Firmen vor Konkurrenz durch eingeführte, ungeprüfte Apparate 23). Verneint wurde auch der normative Zusammenhang zwischen einer Brandstiftung und den dadurch entstandenen Aufwendungen der Feuerwehr 24). Dagegen ist die Annahme eines Widerrechtlichkeitszusammenhanges zwischen einer persönlichkeitsverletzenden Ehestörung durch einen Dritten und den dadurch entstandenen Zivilprozesskosten zumindest nicht willkürlich 25). Nach wie vor umstritten ist die Frage, ob bei Störung der Energiezufuhr ein einzelner Energiebezüger sich auf den Verstoss gegen Art. 239 StGB als Widerrechtlichkeitstatbestand berufen könne 26).

3. Andere Begrenzung von Schutzbereichen 27)

Entgegen DESCHENAUX 28) erachte ich jede weitere diesbezügliche Frage als solche des Verschuldens oder des Verschuldenszusammenhanges. Die Widerrechtlichkeit ist nämlich gegeben, sobald einerseits die geschädigte Person und andererseits das beeinträchtigte Interesse im Schutzbereich einer verletzten Norm liegen. Eine weitere Begrenzung der Haftpflicht kann nur über die Schadenersatzbemessung je nach dem Verschulden und damit insbesondere nach der Voraussehbarkeit des Schadens sowie aufgrund weiterer massgebender Umstände 30) erfolgen. In allen Fällen von Schutzbereichs-Abgrenzungen ist das Widerrechtlichkeitskriterium nur ein erster grober Raster, um völlig unbe"recht"igte Ansprüche ohne nähere Prüfung sofort auszuschneiden.

24) BGE 104 II 99 (a.a.O., Anm. 88); vgl. ZBJV 116 (1980) 4 f

25) BGE 109 II 5 ff, bes. 7 (a.a.O., Anm. 68)

26) Dazu unten III, bes. 3; vgl. auch Aubert Gabriel in Sem Jud 39 (1978) 615 ff

27) Vgl. dazu Deschenaux, norme 421 ff

28) Vorangehende Anm. 27

29) Vgl. oben A

30) Kap. 3, 3. Abschn. A II 2 e

III. Das Problem der sogenannten Reflexschäden 31)

1. Rechtsprechung

Bis ins Jahr 1972 wurde die - eher spärliche - einschlägige Rechtsprechung von FREI zusammengestellt und kommentiert 32). Darnach ist der indirekt Geschädigte von jeglichem Schadenersatzanspruch ausgeschlossen; begründet wurde diese Auffassung jeweils lediglich mit Hinweisen auf eigentlich ebenso apodiktische Lehrmeinungen 33). Den Anlass für eine kritische Ueberprüfung dieses Standpunktes bildeten die Kabelbruchfälle 34), die man tatsächlich nach der herkömmlichen Lehre und Rechtsprechung als klassische Beispiele von Reflexschäden betrachten müsste 35). Heute kann man sagen, dass die Frage, ob Reflex- oder direkter Schaden vorliegt, eigentlich von der Theorie des Widerrechtlichkeitszusammenhanges beantwortet wird 36). Wendepunkt waren die Kabelbruchfälle BGE 101 I b 252 und 102 II 85. Diese Rechtsprechung wurde seither mehrfach bestätigt 37).

2. Lehre

Auch hier ist vorerst einmal - um nicht bereits Gesagtes wiederholen zu müssen - auf die diesbezüglichen Ausführungen von

31) Vgl. Kap. 2, B I 6 d; oben II 1

32) Vgl. Frei 53 f; ders. 54 N 62; Taupitz, Haftung für Energieleiterstörungen (1981) S. 45 ff m.w.H. Ferner Keller 42 f. BGE 73 II 68; 99 II 223

33) Dazu unten 2

34) Dazu unten 3

35) Frei 20, Giovannoni, dommage indirect 44; Schaer, SVK 50; Kramer 132 f

36) Merz, ZBJV 114 (1978) 130; BGE 104 II 85 (99), vgl. dazu SBJV 116 (1980) 4. Vgl. bes. die Passage in Pra 65 Nr. 154 E. 6 c (BGE 102 II 85): "Die Frage, ob die Klägerinnen mittelbar oder unmittelbar geschädigt sind, deckt sich also mit jener nach der Widerrechtlichkeit der inkriminierten Handlung." Ebenso auch Aubert, zit. Anm. 26, 616 m.w.H.

37) Vgl. dazu etwa BGE 104 II 99; 106 II 235; 109 II 5 ff. Eindeutig nun neuestens BGE v. 11.3.86 i.S. G./Schweiz. Eidgenossenschaft, vgl. NZZ Nr. 205 (5.9.1986), S. 38 (wird publiziert); Kap. 4, Anm. 5a

FREI 38) zu verweisen. Es zeigt sich, dass die weitaus herrschende Lehre sicher in der Schweiz und in Deutschland, ansatzweise aber auch in Frankreich die Schadenersatzpflicht für Reflexschäden ablehnt 39).

Ganz ähnlich äussert sich TERCIER 40) und verwundert sich, dass niemand diesem "Dogma" grosse Beachtung schenke; tatsächlich gehört er mit GIOVANNONI 41) zu den ersten Schweizer Autoren, die - inspiriert durch die Ueberlegungen des Bundesgerichts 42) - nach der rechtstheoretischen Begründung dieser schroffen Ablehnung jeglicher Reflexschadensliquidation fragen. Nach ihnen präsentiert sich die Rechtslage zur Zeit derart, dass indirekte Sach- und Personenschäden durchaus eine Haftpflicht auslösen können 43), indirekte reine Vermögensschäden aber nur, wenn auch gegenüber dem indirekt Geschädigten eine Schutznorm verletzt wurde 44). FREI hingegen lehnt - wie die vielleicht immer noch herrschende Lehre 45) - die Abwälzung aller Reflexschäden ab, wobei er indirekte Sach- und Personenschäden an der Adäquanz und indirekte Ver-

38) Für die Schweiz: Frei 45-53; für Deutschland: ders. 56-68; für Frankreich: ders. 75-79. Vgl. auch die Hinweise bei Taupitz (zit. Anm. 32)

39) Frei 85 f. Auch die Rechtsprechung übt in allen drei Ländern Zurückhaltung, allerdings auf zum Teil unterschiedlichen Argumentationsebenen

40) Tercier, *préjudice réfléchi* 251 ff, mit den Zit. S. 253

41) Giovannoni, *dommage indirect*, bes. 35, 48, 53 (N 93)

42) Oben I (bes. bei Anm. 36)

43) Giovannoni, *dommage indirect* 52 ff (mit Beispielen für Deutschland, die Aussage dürfte aber auch für die Schweiz gültig sein); Tercier, *préjudice réfléchi* 261 ff (bes. 262). Selbstverständlich muss zudem geprüft werden, ob auch die übrigen Voraussetzungen gegeben sind

44) Giovannoni, *dommage indirect* 59 f; Tercier, *préjudice réfléchi* 261 f; als derartige "Schutznorm" wurde in jenem Zusammenhang StGB 239 betrachtet, was mehrheitlich auf Kritik stiess: Tercier a.a.O. 262 ff, 270 f; Giovannoni a.a.O. 54, 60; ders., note 277 ff; Schaer, SVK 50 ff; Kramer 128 ff, bes. 132 ff; Merz, ZBJV 109 (1973) 104 ff; vgl. 113 (1977) 179 und 114 (1978) 129 ff; Bucher, SJZ 78 (1982) 31

vermögensschäden an der Widerrechtlichkeit scheitern lässt 46). Gegen diese Lösung wendet sich GIOVANNONI mit dem ohne weiteres einleuchtenden Argument, dass bei Unterbruch der Stromzufuhr verdorbene Waren im Kühlschrank eine ebenso adäquate Folge darstellen wie stillstehende Maschinen 47).

In eine andere - und für das schweizerische Recht neue - Richtung scheint nun KRAMER in der Urteilsanmerkung zu einem neueren Kabelbruchfall 48) zu tendieren, wo er hervorhebt, dass in diesem und anderen gleichgelagerten Fällen im In- und Ausland die aufgrund des Widerrechtlichkeitsbegriffs getroffenen Abgrenzungen und theoretischen Begründungen materiell meist als zufällig anmuten und auch dogmatisch eigentlich nicht befriedigen 49). Unter Hinweis auf die einschlägigen Monographien von TAUPITZ und HERRMANN 50) deutet er Lösungswege an, welche im Ergebnis auf einen in letzter Konsequenz völligen Verzicht auf das Widerrechtlichkeitserfordernis hinauslaufen, indem ausschliesslich noch auf die auch in der vorliegenden Arbeit hervorgehobenen Möglichkeiten im Rahmen der Schadenersatzbemessung 51) abgestellt wird. Dieser Auffassung kann m.E. aus grundsätzlichen

45) Oftinger I 64 (unten) f, vgl. ders. 132 N 27; Keller 41 sowie die von Frei (45 f) und Tercier (préjudice réfléchi 253) zit. Literaturstellen

46) Frei 94 f, 99 f

47) Giovannoni, dommage indirect 52 N 89

48) Dazu hienach 3

49) Kramer, bes. 132 ff; vlg. auch die anderen Kritiker dieser Rechtsprechung oben Anm. 44, worunter Bucher in SJZ 78 (1982) 30 f und die dort rezensierte Diss. von Gerold Herrmann: Zum Nachteil des Vermögens, eine (un)rechtsvergleichende Betrachtung des Common Law of Negligence und der deutschen Fahrlässigkeitshaftung für "blosse" Vermögensschäden (Heidelberg/Karlsruhe 1978)

50) Zit. Anm. 32 und 49

51) Oben 3. Abschn. A II 2, bes. e

Erwägungen nicht beigespflichtet werden, weil damit letztlich zwangsläufig eine im wesentlichen vorbehaltlose Annahme der subjektiven Widerrechtlichkeitstheorie verbunden wäre, welche andere Nachteile mit sich bringt, zum Teil analoge wie die objektive Theorie und zum Teil auch eigene weitere; sie passt nicht in die schweizerische Rechtslandschaft 52).

3. Zum Beispiel Kabelbruchfälle

a) Allgemeines

Infolge der zunehmenden Dichte von unterirdischen Energieleitungsanlagen geschah es in den letzten Jahren in allen Teilen der Welt immer häufiger, dass anlässlich irgendwelcher Erdarbeiten solche beschädigt wurden und damit die Energiezufuhr ausfiel; weil die Abhängigkeit der Gesellschaft, vor allem aber der Industrie, von zentralen Versorgungsanlagen ebenfalls zunehmend ist, können dabei immense Sach- und Produktionsausfallschäden entstehen 53). Auch die Schweiz ist vor solchen Vorfällen nicht verschont geblieben; bekannt sind vier Bundesgerichtsentscheide 54), welche Schadenersatzansprüche von solcherart betroffenen Unternehmen zum Gegenstand haben. Wie bereits ausgeführt wurde, handelt es sich dabei nach herkömmlicher Meinung zweifelsfrei um Fälle von Reflexschäden 55), wenn nicht das unterbrochene Kabel gerade dem vom Unterbruch betroffenen Unternehmen gehört 56); da derartige Eigentums- und Rechtsverhältnisse mitunter von Zufälligkeiten abhängen, vermag diese Lösung keineswegs in jedem Fall zu befriedigen 57). Dennoch liegt die Bedeutung dieser Fälle für

52) Oben 2. Abschn. A II 1 a, vgl. b und c

53) Bürge 57; "cable cases", vgl. Lorenz, Verkehrspflichten 51; vBieberstein 425 N 48; 427 f N 61 m.w.H.

54) BGE 97 II 221; 101 I b 252; 102 II 85; 106 II 75, dazu unten b

55) Oben Anm. 35

56) Was möglicherweise im Fall BGE 97 II 221 zutraf, vgl. Bürge 57 (bei N 5); Merz, ZBJV 109 (1973) 104

57) Vgl. die Hinweise oben (bei) Anm. 38 ff, bes. 44 und 49 f; Hofstetter in ZBJV 99 (1963) 236

unser Haftpflichtrechtssystem in der Tatsache, dass das Bundesgericht dazu übergang, die Ersatzfähigkeit von Reflexschäden nicht mehr grundsätzlich abzulehnen 58).

b) Rechtsprechung des Bundesgerichts

Im ersten Fall, den das Bundesgericht zu beurteilen hatte 59), scheint mir die Tatsache erwähnenswert, dass ein Tiefbautechniker vorher auf die Lage des nachmalig beschädigten Stromkabels hingewiesen und vor der Verwendung von Maschinen gewarnt hatte; da trotzdem solche eingesetzt wurden, kam es, wie der erwähnte Tiefbautechniker vorausgesehen hatte und es entstand ein Produktionsausfallschaden von über Fr. 140'000.--. Das Bundesgericht verneint in Erwägung 2 bis 4 das Gelingen des Entlastungsbeweises gemäss Art. 55 OR und kommt ohne die Widerrechtlichkeit überhaupt zu erörtern zum Schluss, der Schaden müsse ersetzt werden 60).

Vier Jahre später hatte eine der öffentlich-rechtlichen Abteilungen einen Fall zu entscheiden, bei dem eine Sapeurkompanie anlässlich von Terrassierungsarbeiten auf dem Flugplatz Sitten eine Wasserleitung der Industriellen Betriebe der Stadt Sitten beschädigt hatte und dadurch die Versorgung einer Zementfabrik unterbrach 61). Das Bundesgericht führte aus, im Hinblick auf die Eigentumsverhältnisse handle es sich zwar nicht um einen direkten Schaden, aber weil Art. 239 StGB ebenfalls den Zweck habe, die einzelnen angeschlossenen Konsumenten in ihrem Anspruch auf Versorgung zu schützen, liege

58) Oben 1 a.E.; Tercier, préjudice réfléchi 259, 270: "... un important revirement de jurisprudence..."; kritisch Kramer 133

59) BGE 97 (1971) II 221

60) Anscheinend beruht dieses Ergebnis auf der unausgesprochenen Tatsache, dass die Leitung dem angeschlossenen Unternehmen gehörte, oben Anm. 56; vgl. auch Oftinger I 60 N 35

61) BGE 101 (1975) I b 252 (Klage gestützt auf MO 22)

auch gegenüber einem einzelnen Abnehmer Widerrechtlichkeit vor, denn diese könne ausser in der Verletzung subjektiver Rechte auch in einem Verstoss gegen eine objektive Rechtsnorm bestehen, wenn sie unmittelbar den Zweck habe, das Vermögen Dritter zu schützen. Auch in diesem Fall wurde demnach Schadenersatz zugesprochen.

Im dritten Fall 62) wurde die Klage zweier Fabriken gutgeheissen, welche wegen eines Unterbruchs ihrer Energiezufuhr erhebliche Produktionsausfallschäden erlitten hatten. Verantwortlich gemacht wurde eine Tiefbaufirma, deren Arbeiter den Leitungsunterbruch verursacht hatte. Die Begründung entsprach ungefähr derjenigen des vorangehenden Falles.

Auch den vierten und jüngsten Entscheid kann man vom Sachverhalt her sicher als typischen Kabelbruchfall bezeichnen 63). Der beim Landwirt Rathgeb angestellte Laube beschädigte bei Planierungsarbeiten mit einem Traktor ein unterirdisches, dem stromliefernden Elektrizitätswerk gehörendes Zuleitungskabel, was bei einer Betonfabrik und bei einer Asphaltfabrik Stromausfall während 25 Stunden zur Folge hatte. Sie verlangten Schadenersatz in der Höhe von Fr. 45'000.-- für Produktionsausfall- und rund Fr. 4'000.-- für Sachschaden; dieser bestand darin, dass durch den Stromausfall eine erhebliche Menge Asphalt verdarb. Die auf Art. 58 ff SVG gestützte Klage wurde abgewiesen, soweit sie den Produktionsausfall als blossen Vermögensschaden betraf, weil das SVG nur vor Sach- und Personenschaden schützte. Nachdem schon die bisherige Kabelbruch-Rechtsprechung des Bundesgerichts in der Literatur nicht ungeteilte Zustimmung gefunden hatte, erschien nun diese Lösung gleichsam als eine Art verblüffende, vorläufige

62) BGE 102 (1976) II 85

63) BGE 106 (1980) II 75

Schlusspirouette und stiess auf besonderes Interesse 64).

c) Zur Praxis in Nachbarländern

Eine ausführliche Darstellung der deutschen und österreichischen Gerichtspraxis findet sich bei BUEGE 65); auf weitere Fundstellen wurde bereits kurz hingewiesen 66). Zudem finden sich Hinweise bei FREI, MERZ, HAGER, GIOVANNONI und KRAMER 67).

Niemand vertritt den Standpunkt, das Problem habe irgendwann einmal eine dogmatisch abgesicherte und überzeugende Lösung erfahren. Immerhin sind die Gerichte sowohl in Deutschland wie in Oesterreich zum heute einigermaßen gefestigten Standpunkt übergegangen, in Kabelbruchfällen jegliche Haftpflicht zu verneinen, soweit reiner Vermögensschaden entstanden ist; anders steht es im Fall von Sach- oder Personenschäden, weil dann absolute Rechte betroffen sind 68). Der formal-legalistische Zug dieser Lösung wird vor allem dort deutlich, wo alles davon abhängt, ob ein Kabel nun im Eigentum der betroffenen Firma oder in demjenigen eines Dritten, typischerweise des Elektrizitätswerkes steht. Wohl zu Recht wurde auch dem österreichischen OGH Begriffsjurisprudenz vorgeworfen 69), als er in seiner früheren Praxis die elektrische Energie

64) Schaer, SVK 53, sah das Problem unausweichlich kommen; vgl. alsdann Giovannoni, note 277 ff; eingehend Kramer 128 ff

65) Bierge 58 ff

66) Taupitz (zit. Anm. 32); Herrmann (zit. Anm. 49); Lorenz, Verkehrspflichten 51; vBieberstein 424 N 48 und 427 f N 61

67) Frei 55 f; Merz, ZBJV 114 (1978) 131; Hager, bes. 53 f; Giovannoni, dommage indirect 53 f, 58 f; ders. note 277 ff; Kramer 130 ff

68) Berühmt ist der sogenannte "Kükenfall" (BGHZ 41, 123), wo infolge eines verschuldet zugefügten Stromausfalles die gesamte Brut einer riesigen Hühnerfarm zugrunde ging; die Haftpflicht wurde bejaht. Kritisch dazu Hagen in JZ 79, 53 ff

69) Vgl. Bierge 58 N 17

selbst als Sache qualifizierte und so zu einer Haftung kam. Später lehnte er jedoch interessanterweise auch den Schutzanspruch Einzelner ab, die sich auf eine Art. 239 StGB entsprechende Bestimmung des österreichischen Strafgesetzbuches beriefen.

M.E. mit Recht weist BUERGE darauf hin, dass das in Deutschland und in Oesterreich geltende Alles-Oder-Nichts-Prinzip in hohem Masse zur Virulenz der sich stellenden Probleme beiträgt und die Suche nach angemessenen Lösungen ausserordentlich erschwert 70).

d) Zur haftpflichtrechtlichen Relevanz von Art. 239 StGB 71)

Nach Widerrechtlichkeit oder Widerrechtlichkeitszusammenhang wird kein Mensch mehr fragen, wenn jemand ein Stromkabel durchschneidet, um dem davon abhängigen Betrieb vorsätzlich Produktionsausfall-, also reinen Vermögensschaden zuzufügen - ob das Kabel nun dem Betrieb gehöre oder dem Elektrizitätswerk 72). Dennoch kann die Widerrechtlichkeit im zweiten Fall nur in einem Verstoss gegen Art. 329 StGB bestehen, denn der Stromabnehmer ist in keinem anderen Recht betroffen, als in seinem Anspruch auf Energielieferung 73). Um zu einer Haft-

70) Bürge, bes. 60 (Totalersatzprinzip, oben 3. Abschn. A II 2 a)

71) Die Bestimmung steht unter dem 9. Titel des besonderen Teils StGB "Verbrechen und Vergehen gegen den öffentlichen Verkehr" und hat folgenden Wortlaut:

"1. (...)

Wer vorsätzlich den Betrieb einer zur allgemeinen Versorgung mit Wasser, Licht, Kraft oder Wärme dienenden Anstalt oder Anlage hindert, stört oder gefährdet, wird mit Gefängnis bestraft.

2. Handelt der Täter fahrlässig, so ist die Strafe Gefängnis oder Busse."

72) Vgl. oben 3. Abschn. A II 2 c sowie dortige Beispiele und Hinweise

73) Dieser richtet sich gegen das Kraftwerk, welches seine Haftung für solche Fälle regelmässig wegbedingt; vgl. dazu auch vBieberstein N 48 und Hinweise

barkeit zu gelangen, könnte man natürlich auch Sittenwidrigkeit gemäss Art. 41 Abs. 2 OR annehmen, aber eine solche Lösung würde ich als reichlich künstliche Konstruktion betrachten.

Unter Vorbehalt des strengeren Fahrlässigkeitsmassstabes im Haftpflichtrecht erfüllt ein derartiges Vergehen zweifellos den Tatbestand von Art. 239 Ziff. 2 StGB, so dass wir also eine eindeutige Strafrechtswidrigkeit vor uns haben; dass die Widerrechtlichkeit auch Strafrechtswidriges einschliesst, bleibt richtig, auch wenn sich der Satz nicht umkehren lässt 74). Entgegen der Ansicht von GIOVANNONI 75) wird denn auch in der Strafrechtslehre die Ansicht vertreten, Art. 239 StGB habe durchaus auch den Schutz einzelner Stromabnehmer im Auge 76). Eine Uebertragung dieser Auffassung auf das Haftpflichtrecht bedeutet zwar tendenziell eine gewisse Ausweitung des Widerrechtlichkeitsbegriffs 77), anhand dessen sich jedoch wie bereits dargelegt so oder so keine angemessene Haftungsbegrenzung erzielen lässt; vielmehr bieten sich für diesen Zweck im schweizerischen Haftpflichtrecht die insbesondere von Art. 43 OR eröffneten Möglichkeiten der Schadenersatzbemessung als Haftungskorrektiv an 78).

74) Vgl. zu alldem Kap. 1, A III 2 b allg. und bes. Anm. 93 f

75) Giovannoni, *dommage indirect* 60

76) Schwander Vital, 2. Aufl. RZ 683 b; Stratenwerth (zit. Kap. 1, A II, Anm. 49), Bd. II 1974, 439 ("...entgegen seiner Einordnung"!)

77) Wie von den bereits zit. Kritikern des BGer (oben Anm. 44) vermerkt wurde, vgl. bes. Bucher (zit. Anm. 49) 31

78) Oben 3. Abschn. A II 2, bes. b und e; dieser Lösungsweg wurde insbesondere auch von Bürge befürwortet, der (S. 67) einen Widerrechtlichkeitszusammenhang grundsätzlich auch zwischen Brandstiftung und Feuerwehraufwendungen (BGE 104 II 99, oben Anm. 23) annehmen möchte, was nachträglich über die Risikobereichsabgrenzung zu korrigieren wäre; im wesentlichen zustimmend auch Kramer 134. Kap. 4, B I a.E.

4. Bemerkungen

Die sich aus Lehre und Rechtsprechung ergebenden Erkenntnisse lassen sich dahingehend zusammenfassen, dass eine generelle Nichtberücksichtigung von "Reflexwirkungen" im Haftpflichtrecht einerseits einer Begründung anhand des Instrumentariums der allgemeinen Schadenersatzvoraussetzungen bedarf, und andererseits die "Indirektheit" oder die "Mittelbarkeit" eines Schadens weder ein brauchbares, noch ein überzeugendes Kriterium dazu abgibt 79). Das Fazit daraus lautet, dass für eine erste grobe Abgrenzung auf das Kriterium der Widerrechtlichkeit abzustellen ist: derjenige, gegenüber dem ein schädigendes Verhalten als widerrechtlich zu werten ist, hat einen Ersatzanspruch für diejenigen Interessenverletzungen, welche in den Schutzbereich der Norm fallen, die der erkannten Widerrechtlichkeit zugrunde liegt. Auf diese Weise würde ich etwa mit VON BIEBERSTEIN das Problem lösen, wo ein angestellter Arbeiter von Produktionsausfall aus Eigentumsverletzung gegenüber seinem Arbeitgeber betroffen ist: hat er keinen (arbeitsvertraglichen) Weiterbeschäftigungs- oder Lohnfortzahlungsanspruch, so muss er den Schaden selbst tragen 80). Eine gewisse Schematisierung des Entscheids über die Schadenersatzpflicht ist hierbei nicht zu vermeiden; damit dieser aber nicht zum formalistischen Legalismus ausufert, muss im Zweifel von einem eher weiten Widerrechtlichkeitsbegriff ausgegangen werden, um die notwendigen Korrekturen nachträglich bei der Schadenersatzbemessung nach Massgabe von Verschulden und weiterer Umstände des konkreten Einzelfalles vorzunehmen. Mit anderen Worten darf das Fehlen eines bestimmten formalen Kriteriums, wie namentlich das Eigentum bei

79) Vgl. dazu Kap. 2, B I 6 c und d

80) Vgl. vBieberstein 417 ff; muss der Arbeitgeber weiter Lohn bezahlen, so entsteht ihm ein eigener Schaden, den er aus Eigentumsverletzung geltend machen kann

Kabelbruchfällen 81), nicht allein deshalb zu völlig anderen Ergebnissen führen, welche zufällig anmuten und von der Billigkeit her nicht zu vertreten sind. Es muss einen Rechtsschutz des Vermögens insbesondere in solchen Fällen geben.

C. Einige Ergebnisse

1. Auf eine bestmögliche Auseinanderhaltung von Widerrechtlichkeits- und Verschuldensproblemen ist auch in diesem Bereich etwas komplizierterer Zurechnungsvorgänge, wo die Zusammenhänge zwischen haftungsauslösenden und haftungsbegrenzenden Faktoren etwas auseinandergezogen sind, zu achten. Die in früheren Stadien dieser Arbeit auf analytischem Weg gewonnenen Erkenntnisse und Gedankengänge lassen sich auch hier durchaus anwenden und tragen m.E. zur Klärung der Probleme bei.
 2. Die Frage, ob Reflexschäden zur Haftpflicht führen können oder nicht, beantwortet sich darnach, ob gegenüber dem Geschädigten eine Widerrechtlichkeit (welche aus Verhalten oder Zustand entspringen kann) vorliegt oder nicht. Der Begriff des Reflexschadens an sich hat somit für den Entscheid über die Haftpflicht keine Bedeutung mehr.
 3. Da man sich immer vor Augen halten muss, dass der Entscheid über die Widerrechtlichkeit sowohl in Fällen schweren wie leichten Verschuldens, sowohl bei Fahrlässigkeit, wie bei Vorsatz Gültigkeit haben muss, kann man sich der Erkenntnis nicht verschliessen, dass in derartigen Grenzfällen das Widerrechtlichkeitskriterium nicht dazu taugt, entscheidende
- 81) Angesprochen ist damit sowohl das "zufällige" Eigentum am beschädigten Kabel, als auch die "zufällige" Betroffenheit von absoluten Rechtsgütern (Sachwerte, körperliche Integrität). Vgl. oben 3, bes. a a.E. und d a.A.

Haftungsbegrenzungen zu erzielen. Diese sind vielmehr unter dem Gesichtspunkt des Verschuldens anzustreben; ich darf daran erinnern, dass unter diesem Titel Wertungsgrössen wie Voraussehbarkeit, Vermeidbarkeit und Zumutbarkeit (bezogen auf den festgestellten Sachverhalt) gegeneinander abzuwägen sind, mit dem Zweck angemessener Risikobereichsabgrenzung.

4. Die Schadenersatzbemessungs-Vorschrift von Art. 43 OR wird damit zum entscheidenden Haftungskorrektiv, aufgrund dessen befriedigende und im Einzelfall abgestufte Lösungen anzustreben sind. Mögliche Massstäbe und Kriterien wurden angedeutet, auch wenn sie vorläufig noch als recht vage erscheinen. Mit einer kontinuierlich sich entwickelnden Rechtsprechung auf dieser Grundlage könnte eine tragfähigere Rechtssicherheit als heute entstehen und sich mit der Zeit festigen.

5. Weil im Fall von Personen- und Sachschäden auch in diesem Bereich wieder regelmässig absolute Rechte verletzt sind, wodurch die Widerrechtlichkeit sich von selbst ergibt, die eigentlichen, "klassischen" Reflexschäden aber wiederum in der Regel reine Vermögensschäden darstellen, verlagert sich das Problem hin zur Frage nach dem Rechtsschutz vor reinen Vermögensschäden; soweit ein solcher Schutz besteht, kann ihn auch ein "bloss Reflexgeschädigter" in Anspruch nehmen (Kap. 4).

6. Nicht voraussehbare Schäden sind unverschuldet zugefügte Verluste; dem entspricht im Kausalhaftungsrecht die Aussage, dass Schädigungen nicht zurechenbar sind, welche nicht mehr als Auswirkungen des besonderen Gefahrenzustandes gewertet werden können, auf dem der entsprechende Kausalhaftungstatbestand beruht. Auf diese Weise ist das Problem (zu) entfernter Folgeschäden (mittelbarer Schäden) zu lösen.

5. Abschnitt

Zusammenfassung: Begriff der Widerrechtlichkeit

Widerrechtlich im Sinne von Art. 41 Abs. 1 OR ist einmal jeder Verstoss gegen Verhaltensnormen, welche die körperliche Integrität und das Eigentum jedes einzelnen unmittelbar schützen und zwar in dem Sinn, dass grundsätzlich jede Verletzung dieser Rechtsgüter ipso iure den Tatbestand der Widerrechtlichkeit erfüllt, es sei denn, es lägen besondere Rechtfertigungsgründe vor, welche zu einem solchen Eingriff berechtigten.

Zum andern ist widerrechtlich im Sinne von Art. 41 Abs. 1 OR jeder Verstoss gegen Verhaltensnormen, die den unmittelbaren Schutz des Vermögens einzelner bezwecken; dieser Schutz kann einerseits auf absoluten Rechten - wie Immaterialgüterrechte oder vermögensschützende Aspekte des allgemeinen Persönlichkeitsrechts im Sinne von Art. 28 ZGB 1) - beruhen, oder sich andererseits aus eigentlichen Schutznormen ergeben, welche das Vermögen in Teilaspekten zum Rechtsgut erheben.

1) Kap. 4, A, bes. II

4. KAPITEL

RECHTSSCHUTZ VOR REINEN VERMÖGENSSCHÄDEN

A. Betroffenheit individueller Rechtsgüter

I. Ausgangslage

Der Vollständigkeit halber ist im folgenden kurz zu erwähnen, dass ausserhalb von Personen- und Sachschäden - somit also im Bereich der sogenannten reinen Vermögensschäden - die Widerrechtlichkeit einer Schädigung ebenfalls in der Verletzung von absoluten und individuellen Rechtsgütern liegen kann, als die wir das Recht auf körperliche Integrität oder das dingliche Eigentum erkannt haben. So gibt es einen rechtlichen Schutz des geistigen Eigentums, der dem Träger von Immaterialgüterrechten Abwehrbefugnisse gegen jegliche Uebergriffe Dritter auf seine diesbezüglichen Rechtspositionen verleiht. Die vermögensschützende Funktion dieser Rechte liegt auf der Hand. Einzelheiten und nähere Ausgestaltung sind in mehreren Spezialgesetzen geregelt, auf welche hier verwiesen werden kann.

Auch die Persönlichkeit hat ihre vermögensrechtlichen Aspekte, insofern als eine schwere Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Entfaltungs- und Bewegungsfreiheit unter Umständen nicht mehr mit Art. 28 ZGB vereinbar sein kann. Auf dieser grundlegenden Erkenntnis beruht nicht nur der frühere Art. 48 OR, sondern auch eine recht umfangreiche Rechtsprechung des Bundesgerichts, welche schliesslich ihren Niederschlag ebenfalls in zwei Spezialgesetzen fand, auf welche kurz hinzuweisen ist, ohne dass auf Einzelheiten eingegangen werden könnte.

In all dem zeigt sich, dass die Rechtsgüter immer unschärfer, ja konturenlos werden und daher oft sehr schwer abzugrenzen

sind, was als typische Erscheinung des Rechtsschutzes vor reinen Vermögensschäden erscheint und zu besonderen Schwierigkeiten, insbesondere zu Widerrechtlichkeitsproblemen führt.

II. Verletzung absoluter Rechte

1. Immaterialgüterrechte

Sie konkretisieren den Schutz von geistigem Eigentum in unserer Rechtsordnung, welcher mehrere Erlasse umfasst, von denen hier die wichtigsten zu erwähnen sind. Geschützt ist namentlich das Urheberrecht an Werken der Literatur und Kunst

1) sowie verschiedene gewerbliche Erscheinungsformen geistigen Eigentums, wie Marken 2), Muster, Modelle 3) und Erfindungspatente 4). Die Widerrechtlichkeit wird in den entsprechenden Gesetzen genauer bestimmt und unter anderem auch mit zivilrechtlichen Schadenersatzfolgen verbunden, wobei zum Teil ausdrücklich auf die allgemeinen Bestimmungen des Obligationenrechts verwiesen wird 5).

2. Verletzung von vermögensschützenden Persönlichkeitsrechten

a) Allgemeines

Genau wie jede Eigentumsverletzung kann selbstverständlich auch eine Persönlichkeitsverletzung als Schaden ins Vermögen des Betroffenen durchschlagen. In jenem Fall werden auch weiter entfernte Folgen als "Sachschäden" ersetzbar, sofern Verschuldens- und Widerrechtlichkeitszusammenhang gegeben sind, nämlich vor allem insoweit, als der Richter Voraus-

1) URG, SR 231.1

2) MSchG, SR 232.11

3) MMG, SR 232.12

4) PatG, SR 232.14

5) Vgl. dazu URG 42 ff, bes. 44; MSchG 24 ff, bes. 27; MMG 24 ff, bes. 26; PatG 66 ff, bes. 73

sehbarkeit annimmt und dem verletzten Interesse den aus dem Eigentum fliessenden Rechtsschutz (noch) zubilligt. Unter den entsprechenden Voraussetzungen sollte in diesem Bereich auch der Folgeschaden einer Persönlichkeitsverletzung haftbar machen 5a).

In diesem Zusammenhang ist kurz auf einige Fälle von voraussehbar und vermeidbar zugefügten Schädigungen hinzuweisen, deren haftpflichtrechtliche Relevanz folglich allein von der Widerrechtlichkeit, nämlich davon abhängt, ob ihre Ursachen eine Persönlichkeitsverletzung bedeuten oder nicht.

b) Zum Schutz von wirtschaftlichen Aspekten der Persönlichkeit

Art. 28 ZGB schützt auch die wirtschaftliche Persönlichkeit 6). Damit hängen ursprünglich die Ideen des Lauterkeits- und des Freiheitschutzes des Wettbewerbs 7) zusammen; heute kommen sie vor allem im UWG und im Kartellgesetz (KG) zum Ausdruck. Zur Einordnung als Individualrechtsverletzung eignet sich vor allem der Tatbestand des Boykotts, weil Art. 4 KG ihn in Übereinstimmung mit der Bundesgerichtspraxis seit BGE 86 (1960) II 365 per se als widerrechtlich erklärt 8) 9). Das UWG dagegen lehnt sich sehr stark an den Grundsatz von Treu und Glauben an, der als "kollektives Rechtsgut" nach der hier angewendeten Systematik im folgenden kurz zu behandeln ist 10).

5a) Dies sogar als Reflexschaden (Kap. 3, 4. Abschn. B III, bes. 1), vgl. die beiden unveröffentlichten BGE (sowie die dort angeführten weiteren Hinweise) v. 22.4.1986 i.S. B./Z. und i.S. G./SNV (hier allerdings nicht Schadenersatz, sondern Genugtuung, vgl. dazu Kap. 2, C II 1 b, m.w.H.): Reflexwirkungen von schweren Beeinträchtigungen beim Ehegatten als Persönlichkeitsverletzung

6) (Zürcher) Kommentar Egger (1930) N 81 ff zu ZGB 28; GMK 166; Stark RZ 267; Jossi 18 f

7) Für eine übersichtliche Darstellung dazu vgl. GMK 166 ff

8) GMK 168; das KG ist seit Februar 1964 in Kraft

9) Vgl. aber auch die hier anzubringenden Differenzierungen, GMK 168 f; KG 5 enthält diverse Ausnahmen

10) Unten B II

c) Andere Persönlichkeitsrechte

Einem bereits mehrmals erwähnten Fall 11) lag folgender Sachverhalt zugrunde: Ein Ehebruch führte kurz nach Scheidung der Ehe zur Geburt eines Kindes. Die Vaterschaft des geschiedenen Mannes wurde in der Folge gerichtlich aberkannt und die daraus entstehenden Prozesskosten der Mutter auferlegt. Sie erwiesen sich jedoch in der Folge als uneinbringlich, so dass dem obsiegenden Aberkennungskläger ein Verlustschein ausgestellt werden musste. Dieser hatte alsdann mit seiner Klage auf Schadenersatz gegen den Ehebrecher Erfolg; das Bundesgericht wies auch die staatsrechtliche Beschwerde des Letzteren ab. Es hielt fest, dass in der Störung der ehelichen Gemeinschaft durch den Dritten eine Verletzung in den persönlichen Verhältnissen des klagenden Ehegatten liege, die den eingetretenen Schaden als widerrechtlich erscheinen lassen könne.

11) BGE 109 (1983) II 4 ff, bes. 6; vgl. Kap. 3, 3. Abschn. bei Anm. 68 sowie 4. Abschn. bei Anm. 24

B. Betroffenheit kollektiver Rechtsgüter

I. Verletzung von Schutznormen bzw. entsprechender Rechtsgüter

Damit, dass aus gewissen "Schutznormen" kollektive Rechtsgüter gebildet werden, ist im Hinblick auf die Feststellung der Widerrechtlichkeit bei weitem nicht so viel gewonnen, wie wenn von Verhaltensnormen mit umfassender Schutzwirkung auf das Bestehen von absoluten Rechtsgütern geschlossen wird, deren Verletzung *ipso iure* Widerrechtlichkeit gegenüber ihrem Träger auslöst. Denn es folgt geradezu aus dem Wesen (kollektiver) Rechtsgüter, dass ihre Konturen sehr schwer zu bestimmen sind, so dass die Frage ihrer Wahrung oder Verletzung in Grenzfällen eben nicht zuverlässig beantwortet werden kann. Dementsprechend sind die "korrelativen" Schutznormen oftmals nicht direkt anwendbar, sondern sie bilden lediglich die Grundlage von konkretisierenden Verhaltensnormen, welche sich auf sie stützen. Diese Aussage soll anhand dreier typischer Beispiele veranschaulicht werden, bei denen die Grenzen der jeweiligen kollektiven Rechtsgüter zusehends unschärfer werden:

- 1) Jeder Notar muss die sich aus dem Begriff der öffentlichen Beurkundung ergebenden Regeln beachten. Ein von dieser Verhaltensnorm geschütztes Rechtsgut dürfte in der Glaubwürdigkeit und Zuverlässigkeit von öffentlichen Urkunden - nicht zuletzt auch im Geschäftsverkehr - zu erblicken sein 12). Die damit relativ eng verbundene Schutzfunktion für das Vermögen einzelner Privater ist nicht allzu schwer erkennbar.
 - 2) Niemand darf die allgemeine Energieversorgung stören. Das damit umschriebene Rechtsgut ist die Unversehrtheit von Be-
- 12) BGE 90 (1964) II 281 f; vgl. Kap. 3, 3. Abschn. Anm. 67 sowie 4. Abschn. Anm. 21

trieben, die der Allgemeinheit dienen. Eine vermögensschützende Nebenfunktion ist umstritten 13); nach meinem Dafürhalten will auch diese Verhaltensnorm die Verlässlichkeit der Energieversorgung sichern und damit jeden einzelnen möglichst vor Ausfällen bewahren, sicher nicht zuletzt im Hinblick auf seine wirtschaftlichen Interessen.

- 3) Niemand darf einen anderen auf unfaire Weise, rücksichtslos oder sonst krass treuwidrig am Vermögen schädigen. Das in solchen Fällen betroffene Rechtsgut ist Treu und Glauben im Geschäftsverkehr und die Lauterkeit des Wettbewerbs. Wie weit geht nun seine Schutzfunktion für das Vermögen einzelner?

II. Insbesondere zum Verstoß gegen Treu und Glauben als Basis der Widerrechtlichkeit

1. Allgemeine Vorbemerkung

Jede liberale Wirtschaftsordnung erfordert eine staatliche Aufsicht über die seitens der Privaten angewandten Wettbewerbspraktiken, will man nicht in eine Art ökonomische Anarchie zurückfallen, in der die skrupel- und rücksichtslosesten, gemeinsten und nicht zuletzt auch gewalttätigsten Marktteilnehmer am meisten Erfolg haben. Das ist eine historische Erfahrungstatsache, welche an dieser Stelle keiner weiteren Erörterung bedarf. Diesem Erfordernis vermag ein allgemeiner Appell des Gesetzgebers an die Rechtsgenossen, sich an Treu und Glauben im Geschäftsverkehr zu halten 14), nicht zu genügen. Das ist die "Durchgangsfunktion" von Treu und Glauben, auf welche nicht mehr im einzelnen eingegangen werden kann 15). Sie zeigt sich nicht zuletzt darin, dass der Gesetzgeber im-

13) Kap. 3, 4. Abschn. B III 3, bes. d

14) ZGB 2 I

15) Vgl. dazu Merz im Berner Kommentar (1966) N 42 (und 44 m.w.H.) zu ZGB 2 sowie Zeller (verschiedentlich)

mer wieder gewisse Bereiche einer Spezialregelung oder -gesetzgebung unterwirft, in denen sich gestützt auf Art. 2 ZGB eine gewisse Gerichtspraxis entwickelt hatte 16).

Damit hat es zu tun, dass das allgemeine Gebot des Verhaltens nach Treu und Glauben nicht als generelle Deliktsnorm herangezogen werden kann 17). Vielmehr müssen aus dem Grundsatz heraus Regeln entwickelt werden, welche sich im Rechtsalltag als genügend konkret und aussagekräftig erweisen, um "klare" und "eindeutige", d.h. dem Rechtsadressaten verständliche und einfühlbare Verletzungstatbestände abgeben zu können 18). Mit anderen Worten sollten sie den Teilnehmer am Geschäftsverkehr etwas deutlicher als nur gerade das Gebot des Verhaltens nach Treu und Glauben darüber aufklären, was er darf und was nicht. -

2. Ausgangslage

Eine Bestandesaufnahme des derzeitigen Erkenntnisstandes sähe wohl etwa wie folgt aus:

Eine Schadenskonstellation - um eine möglichst weite Umschreibung zu gebrauchen - ist in möglichst objektiver Art und Weise an der allgemeinen Rechtsordnung auf ihren rechtlichen Wert oder Unwert zu prüfen. Absolute Rechte sind nicht verletzt. Es geht also hier um das Problem, dass das Vermögen

16) Beispiele: UWG (OR 48); Miet- und Pachtrecht; Teile des Arbeitsvertragsrechts; Voraus- und Abzahlungsvertragsrecht; Konsumkreditwesen usw.

17) Vgl. Kap. 3, 3. Abschn. D III, (bei) Anm. 95 m.w.H.

18) Erforderlich ist ein Mittelmass zwischen einem völlig abstrakten Grundsatz, der in Grenzfällen eben nichts mehr aussagt und einem ebenso allgemeinen Hinweis auf das "Rechts- und Billigkeitsgefühl" (Müller H.B. 82), der für den Begriff der Widerrechtlichkeit auf keinen Fall brauchbare Erkenntnisse hervorbringen kann, denn die Antwort fällt ja "je nach der persönlichen Einstellung und Ansicht verschieden" aus

den zuweilen rauen Marktkräften ausgesetzt ist - auf die Interdependenz der verschiedenen Vermögen im Gesamtrahmen der Wirtschaft wurde bereits früher hingewiesen 19). Dieses Spiel der ökonomischen Kräfte soll nach dem Gesetz "fair" und "loyal" verlaufen; der Wettbewerb soll "lauter" sein - kurz das Recht appelliert hier an die Moral der Leute 20).

Es wurde bereits darauf hingewiesen, dass diese moralisierende Beschwörung des Ideals von Treu und Glauben der Frage nach der Widerrechtlichkeit ein deutlich subjektivierendes Element beimischt, wodurch eine vernünftige Abgrenzung zwischen Widerrechtlichkeit und Verschulden äusserst schwierig, wenn nicht gar ausgeschlossen wird, weil sich aus der Anwendung derartiger Kriterien nicht nur die Widerrechtlichkeit, sondern zweifellos ein abschliessendes Unwerturteil 21) ergibt 22). Diese Erkenntnis legt natürlich nahe, die Lösung über Art. 42 Abs. 2 OR zu suchen 23), wonach bei Verstoss gegen die guten Sitten jede vorsätzliche Schadenszufügung eine Ersatzpflicht nach sich zieht. Diese Betrachtungsweise ist jedoch m.E. als zu einseitig abzulehnen und zwar hauptsächlich aus folgenden Gründen:

- Treu und Glauben ist ein, wenn auch unbestimmtes Rechtsgut, dessen Verletzung - sofern sie eindeutig feststellbar ist -

19) Kap. 1, A II 3

20) Vgl. dazu auch folgende, den lit. a - f von UWG I II entnommene Ausdrücke und Wendungen: irreführend; unnötig verletzend; begünstigen; Anschein erwecken; geeignet, Verwechslungen herbeizuführen; pflichtwidrig; Vorteile verschaffen; Verrat...

21) Vgl. Kap. 1, B V 4 m.w.H.

22) Kap. 3, 3. Abschn. A I 1 a.E.; vgl. auch Horn 65:...(in den unserem OR 41 II sowie UWG entsprechenden Fällen) "...wird tatsächlich der Tatvorsatz, wie die finale Handlungstheorie lehrt, zum konstitutiven Merkmal der Rechtswidrigkeit." (m.w.H.)

23) Vgl. dazu Müller A. (2. Teil) und Gorgé allgemein; Stark RZ 276 m.w.H.

als widerrechtlich eingestuft werden muss. Es hiesse einer schwierigen Rechtsfrage auf unzulässige Weise ausweichen, wollte man das sich hier stellende Konkretisierungsproblem dadurch umgehen, dass man die Angelegenheit von der juristischen auf die moralische Ebene schiebt.

- Insbesondere im Bereich der ausservertraglichen Haftung für Raterteilung besteht eindeutig das Bedürfnis, auch fahrlässige Schadenszufügung schadenersatzrechtlich zu erfassen und zu sanktionieren 24), was hinsichtlich der Widerrechtlichkeit nur auf der Basis einer Verbindung von Treu und Glauben mit Art. 41 Abs. 1 OR möglich sein dürfte 25).

Mit dem nachfolgenden Konkretisierungsversuch soll angestrebt werden, auf der Grundlage bisheriger allgemeiner Thesen und Erkenntnisse aufzubauen und daraus Schlüsse für mögliche Lösungswege zu gewinnen. Es sind deshalb einige dieser Prinzipien nochmals im Zusammenhang in Erinnerung zu rufen.

3. Ein einzelner Konkretisierungsversuch als Beispiel

Niemand haftet für fremde Vermögensschäden, nur weil diese für ihn voraussehbar waren, nicht einmal dann, wenn er selbst die für den Geschädigten ungünstigen Folgen noch hätte abwenden können; selbst dann ist noch keine Haftung gegeben, wenn nicht nur passives Verhalten, sondern eine aktive Handlung des Schädigers dazu geführt hatte 26). Sobald andererseits

24) Vgl. etwa Welser 10 ff; unten bei Anm. 36

25) Hienach 3 (a.E.)

26) Ich hafte weder, wenn ich einen Bekannten nicht daran hindere, sein Geld in Nonvaleurs "anzulegen", noch wenn ich unter fahrlässiger Missachtung der Tatsache, dass mein Bekannter einen grossen Auftrag (für seine wirtschaftliche Existenz) unbedingt nötig hat, diesen anderweitig vergebe; sogar die Zumutbarkeit einer Schadensverhinderung kann eindeutig gegeben sein, ohne dass deswegen Haftbarkeit einträte...

solche Vorgänge gegen die Rechtsordnung verstossen, liegt nach den bisher entwickelten Thesen sowohl Widerrechtlichkeit als auch Verschulden und damit ein die Haftung begründendes Unwerturteil vor. Hier hängt nun die Schadenersatzpflicht unausweichlich vom Widerrechtlichkeitskriterium ab; eine Verlagerung auf Schadenersatzbemessungs- oder Verschuldensfragen und damit irgendwelche Abstufungen sind nicht mehr möglich.

Zwischen den Verkehrs- und Schutzpflichten, welche eigentlich für das Verschulden massgebend sind 27) und der - erst mit dem tatsächlichen Schadenseintritt fraglichen - Widerrechtlichkeit besteht insofern eine Wechselwirkung, als die erwähnten Sorgfaltsregeln ihre Geltungskraft aus der Möglichkeit beziehen, dass ihre Verletzung überhaupt zu einer haftpflichtrechtlichen Widerrechtlichkeit führen kann. Um den Gedanken vereinfacht, aber deutlich auszudrücken: es versteht sich von selbst, dass ein Verhalten, aus welchem gar nie ein widerrechtlicher Erfolg entstehen kann, auch nicht durch Vorsichtspflichten eingeengt ist. Folglich würde das Auffinden von solchen Verkehrssicherungs- und Schutzpflichten in der uns beschäftigenden Frage weiterhelfen; es wäre dann weiter nach einem gemeinsamen rechtlichen Nenner zu forschen, der sie verbindet.

Aus der bekannten, weil mehrfach erwähnten Tatsache, dass keine generellen Obhutspflichten für fremde Vermögen im allgemeinen bestehen, ergibt sich der Schluss, dass eine rechtlich relevante Sonderbeziehung zwischen dem potentiellen Schädiger und dem betroffenen Vermögen bzw. dessen Träger bestehen muss, damit irgendwelche Schutzpflichten entstehen

27) Kap. 2, C I 2 e, bes. dd

können; ohne dass damit auch schon ein Vertrag vorläge 28). Dieser Gedanke deutet auf (freiwillige) U e b e r n a h m e einer solchen Sonderstellung 29) hin. Der strafrechtliche Schutz des "reinen" Vermögens ist - wie sich beim Vergleich von Strafrecht und Zivilrecht immer wieder zeigt - zurückhaltend gestaltet; als massgebend erscheint hier das Merkmal der "arglistigen Täuschung" 30). Als Extrakt aus diesen gedanklichen Ansätzen erkenne ich den zivilrechtlichen Tatbestand einer Enttäuschung von selbst erwecktem Vertrauen. Dieser Satz entspricht dem Ergebnis einer Analyse vor allem der Rechtsprechung zur "Dritthaftung für falsche freiwillige Auskünfte" von WILLI FISCHER; er fügt der obigen Formulierung - zu Recht, wie mir scheint - das Erfordernis bei, dass es sich um berechtigtes Vertrauen handeln müsse 31). Damit lassen sich gewisse typisierte Ergebnisse aus Betrachtungen der angelsächsischen, deutschen und österreichischen Rechtsprechung und Lehre ohne weiteres vereinbaren 32).

4. Schlussbetrachtung

Es soll nicht einmal annähernd behauptet werden, damit sei das Problem des auf Treu und Glauben beruhenden Rechtsschut-

- 28) Vgl. dazu Kap. 1, B III 2, bes. a: dann wäre nach einer Vertragswidrigkeit zu fragen, währenddem an dieser Stelle die deliktsrechtliche (also ausserververtragliche) Verschuldenshaftung zur Debatte steht. Auf die Abgrenzung kann nicht nochmals weiter eingegangen werden; es möge der Hinweis genügen, dass der zur Begründung eines richtigen Vertragsverhältnisses erforderliche umfassende Verpflichtungswille fehlen kann
- 29) Der Anklang an die strafrechtliche "Garantenstellung" muss gar nicht unbedingt auf eine falsche Fährte führen ...; vgl. Lorenz, Verkehrspflichten, bes. 54 ("special relationship")
- 30) Vgl. StGB 148 I und 149 I
- 31) Fischer, bes. 23 ff, 27 ff. So offenbar auch die neuere Angelsächsische Rechtsprechung: "justifiable reliance upon the information", vgl. Lorenz, Verkehrspflichten, bes. 54. Vgl. auch Nietlispach 62 ff, bes. 64 (wobei ich jedoch seinem Hinweis auf Ermessen und Rechtsgefühl nicht zustimmen kann, oben Anm. 18)

zes für reine Vermögensschäden im Schadenersatzrecht irgendwie generell gelöst. Der sich aus der vorliegenden Arbeit ergebende Teilbeitrag dazu besteht in der These, dass sich aus Art. 2 Abs. 1 ZGB ein objektives Verbot der Rechtsordnung ableiten lässt, selbst erwecktes, berechtigtes Vertrauen zu enttäuschen; und dass jeder Verstoss gegen diese Regel widerrechtlich im Sinne von Art. 41 Abs. 1 OR ist 33). Eine weitergehende Haftungsbegrenzung wäre auch in diesem Bereich lediglich auf der Ebene der Schadenersatzbemessung nach Massgabe von Art. 43 (44) OR möglich 34).

Ein solches Ergebnis liesse sich in die juristische Gedankenströmung einordnen, welche mit dem berühmten "Leading Case" *Hedley Byrnes & Co. Ltd. vs. Heller & Partners Ltd.* (1964) 35) begründet wurde, indem damit "die allgemeine Fahrlässigkeitshaftung in den Bereich der primären Vermögensschäden ausgedehnt worden ist" 36). Dem Entscheid dürfte daher eine über die reine "Auskunftshaftung" hinausgehende Bedeutung zukommen.

- 32) Vgl. etwa Lorenz, Verkehrspflichten (bes. zit. vorangehende Anm.), das. in N 13 und vor allem 16 Hinweise auf seinen 10 Jahre älteren Aufsatz "Auskunftshaftung", bes. 618 ff; vBar, bes. 1721 f; vgl. Welser, bes. 19 f
- 33) Voraussehbarkeit und Vermeidbarkeit des Schadens (also die Fahrlässigkeit) wurde an dieser Stelle ja bereits bejaht (vgl. oben 3 a.A.); vgl. dazu Lorenz, Auskunftshaftung 619 (Ziff. 3): "Eine als Haftungsgrundlage taugliche Vertrauenslage kraft geschäftlichen Auskunftskontraktes ist ferner nur dort anzunehmen, wo die Auskunftsperson die vermögenswirksame Bedeutung ihrer Mitteilung in einer Weise erkennen kann, dass ihr eine Einschätzung des involvierten Haftungsrisikos möglich ist. Damit scheiden Auskünfte im Hinblick auf unüberschaubare, insbesondere spekulative Geschäfte des Auskunftsempfängers von vornherein aus dem gewöhnlichen Haftungsbereich aus."
- 34) Kap. 3, 3. Abschn. A II 2 b und e; vgl. Huber K. 388 (Ziff. 5)
- 35) Der Nachweis bei Lorenz, Verkehrspflichten 51 N 29 lautet: A.C. 465 (H.L.); vgl. dazu und für weitere Hinweise und Präzisierungen auch ders., Auskunftshaftung 612 ff, bes. N 100 ff
- 36) So Lorenz, Auskunftshaftung 612, bei N 102 m.w.H.

Insofern soll hier ausdrücklich die Frage zur Diskussion gestellt werden, ob die genannte Regel nicht auch in weiteren Fällen der Haftung für reine Vermögensschäden sozusagen als genereller Widerrechtlichkeitstatbestand heranzuziehen wäre; zu denken ist beispielsweise an Vermögens-Schutzpflichten, welche daraus entstehen, dass sich jemand dem Publikum als besonders versiert im Umgang mit fremdem Vermögen anpreist und so berechtigtes Vertrauen erweckt 37).

Sollte sich die dargestellte Methode als brauchbar erweisen, so wäre nach weiteren haftpflichtrechtlichen Konkretisierungen des Grundgebotes von Treu und Glauben zu suchen, um sie für die einschlägige Rechtsprechung nutzbar zu machen.

37) Vgl. dazu Huber K. 359 ff; derartiges muss besonders etwa bei "Rechtsanwälten und Wirtschaftsprüfern" von vornherein angenommen werden, vgl. das. 363 (ff) - auch ausserhalb der entsprechenden Vertragsverhältnisse; in Betracht fallen ferner bei bestimmten Sachlagen auch Aerzte, Vermessungsfachleute, (Finanz-)Makler, Spediteure, Lagerhalter usw., vgl. die Beispiele das. 365 f

